

SIDNEI MACHADO

**A SUBORDINAÇÃO JURÍDICA NA RELAÇÃO DE TRABALHO
UMA PERSPECTIVA RECONSTRUTIVA**

CURITIBA
2003

SIDNEI MACHADO

**A SUBORDINAÇÃO JURÍDICA NA RELAÇÃO
UMA PERSPECTIVA RECONSTRUTIVA**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor. Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR.

Orientadora: Prof^a. Aldacy Rachid Coutinho


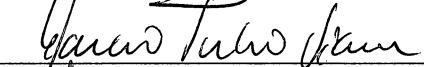


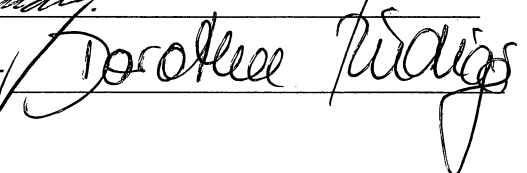
CURITIBA

2003

SIDNEI MACHADO

**A SUBORDINAÇÃO JURÍDICA NA RELAÇÃO DE TRABALHO
UMA PERSPECTIVA RECONSTRUTIVA**

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito no Curso de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná UFPR, pela Banca Examinadora formada pelos professores doutores:

Orientadora: Prof^a. Aldacy Rachid Coutinho 
Prof. Márcio Túlio Viana 
Prof^a. Liana Carleial 
Prof. Celso Luiz Ludwig 
Prof^a. Dorothee Susanne Rüdiger 

Curitiba, 11 de fevereiro de 2003.

À minha companheira Mara e à pequena Ana Flávia, pela imensa alegria que compartilhamos.

Muitos contribuíram para esta pesquisa, e a todos sou muito grato. Agradeço especialmente à professora Aldacy Rachid Coutinho, atenta e diligente orientadora, que, sempre com o carinho de bom mestre, não mediu esforços e auxiliou decisivamente na trajetória deste trabalho, embora os eventuais desvios de rota devam ser integralmente debitados ao doutorando. Na arquitetura da tese, me foram muito gratificantes os diálogos que tive a oportunidade de travar com alguns mestres. Lembro das profícuas discussões com a Prof^a Liana Carleial, economista, que combina rigor acadêmico e atento olhar para o mundo real, cuja interlocução me propiciou uma boa leitura da economia. Não poderia esquecer a Prof^a Silvia Araújo, socióloga, com imensa vocação para a pesquisa, pelas inestimáveis contribuições que me possibilitaram dialogar com a sociologia, além das precisas indicações bibliográficas. Um especial agradecimento a Ricardo Marcelo Fonseca, professor de história do direito, amigo fraterno, com quem compartilho muitas esperanças terrenas e ilusões acadêmicas, pela leitura do texto e as pontuais contribuições. Agradeço à mestranda Alina, que muito me auxiliou na coleta de dados para subsidiar a tese. Aos amigos fiéis que também vivenciaram de diversas formas este trabalho. Penso em Valmir Denardin, Maria Tereza, Euclides Panazzolo, Maximiliano Garcez, Clóvis Costa, Leonardo Wandelli e Ângela Couto Machado Fonseca. Aos colegas de banca de advocacia, Christian Mañas, Eduardo Chamecki, Roberta Bittencourt, Renato Borgert, Débora Godinho e Kathlin Meyer.

SUMÁRIO

RESUMO	8
ABSTRACT	9
RESUMÉ	10
1 INTRODUÇÃO.....	11
2 SUBORDINAÇÃO JURÍDICA COMO DIMENSÃO DA TUTELA DO TRABALHO SUBORDINADO	17
2.1 SUBORDINAÇÃO COMO CRITÉRIO DEFINIDOR DO ASSALARIADO ..	17
2.2 O ASSALARIADO COMO SUJEITO DE DIREITO	22
2.2.1 A relação jurídica do trabalho assalariado no Brasil.....	26
2.3 SUBORDINAÇÃO JURÍDICA COMO CRITÉRIO DISTINTIVO DO CONTRATO DE TRABALHO E EXPRESSÃO DA PROTEÇÃO SOCIAL ..	29
2.4 DA NOÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA AO PODER DE DIREÇÃO.....	36
2.5 O MODELO BINÁRIO: TRABALHO SUBORDINADO <i>VERSUS</i> TRABALHO AUTÔNOMO	40
2.6 ALARGAMENTO DA NOÇÃO DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA	45
2.7 EVOLUÇÃO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.....	46
3 A FRAGMENTAÇÃO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA.....	56
3.1 A RUPTURA DOS PILARES DE SUSTENTAÇÃO.....	56
3.2 A FRAGMENTAÇÃO DA RELAÇÃO SALARIAL FORDISTA	60
3.3 O ESTADO-NAÇÃO FRAGILIZADO.....	64
3.4 A SUBCONTRATAÇÃO COMO ESTRATÉGIA DAS NOVAS ORGANIZAÇÕES PRODUTIVA	69
3.5 A JORNADA DIFUSA E DISPERSA.....	74
3.6 O NOVO TRABALHADOR E AS NOVAS FORMAS DE EMPREGO.....	80
3.7 AS NOVAS AMBIGÜIDADES ENTRE SUBORDINAÇÃO E AUTONOMIA	83
4 SUBORDINAÇÃO JURÍDICA NA TRANSIÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO	87
4.1 AS TENSÕES ENTRE REGULAÇÃO E PRÁTICA SOCIAL	87

4.2 A PROBLEMÁTICA EUROPÉIA	95
4.2.1 O contrato de atividade	96
4.2.2 O status profissional	98
4.2.3 Crítica ao debate europeu	101
4.2.4 A prática da subordinação jurídica na Europa	105
4.3 A REDEFINIÇÃO DAS NOÇÕES DE AUTONOMIA E DE SUBORDINAÇÃO	110
4.4 A SUBORDINAÇÃO JURÍDICA NO TRABALHO IMATERIAL	115
4.5 SUBORDINAÇÃO JURÍDICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS	122
5 A SUBORDINAÇÃO JURÍDICA RECONSTRUÍDA	130
5.1 OS PRESSUPOSTOS DE UMA NOVA COMPREENSÃO	130
5.2 REGULAÇÃO DO TRABALHO AUTÔNOMO SUBORDINADO	135
5.2.1 Tutela mínima em matéria de meio ambiente do trabalho	141
5.3 O RESGATE DA NOÇÃO DE DEPENDÊNCIA JURÍDICA E ECONÔMICA	143
5.4 A NOÇÃO JURÍDICA DE EMPREGADO	148
5.4.1 O telesubordinado	151
5.5 A PRÁTICA JURISPRUDENCIAL	158
5.5.1 A prevalência do princípio da primazia da realidade	161
5.5.2 Integração a um serviço organizado	163
5.6 PARA UMA NOVA PRÁTICA DOS INDÍCIOS DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA	167
5.6.1 A relativização do fundamento jurisprudencial do poder diretivo ..	171
5.6.2 A subordinação sem hierarquia	173
5.6.3 Presunção da existência de subordinação jurídica	176
5.6.3.1 Jornada de Trabalho	178
5.6.3.2 O local de prestação do serviço	179
5.6.3.3 O critério da remuneração	179
5.6.3.4 A propriedade das ferramentas de trabalho e/ou matéria prima	181
6 CONCLUSÃO	183
REFERÊNCIAS	184

RESUMO

A presente tese defende a reconstrução da noção de subordinação jurídica como critério distintivo do contrato de trabalho. A partir de uma reconstrução histórica da noção no direito do trabalho, a tese demonstra que, na nova organização produtiva de padrão *pós-fordista*, que rompeu com a hegemonia do *taylorismo-fordista*, a subordinação sofreu grande perda de operacionalidade como critério para o direito do trabalho. O diagnóstico da fragmentação da relação salarial é fator determinante que produziu a crise da noção de subordinação jurídica, com enorme impacto sobre o âmbito de aplicação do contrato de trabalho. A partir da categoria do trabalho imaterial, essa fragmentação é compreendida como um processo que provocou a difusão da subordinação no tempo e no espaço da produção e, assim, deu origem às novas formas de subordinação. A formulação apresentada defende o resgate histórico da noção pela justificação sócio-econômica de proteção ao trabalho dependente, permitindo que sejam amparadas pelo direito do trabalho diversas atividades de trabalho pessoal e por conta de outrem. No direito do trabalho brasileiro, a prevalência da noção de subordinação jurídica, nessa perspectiva, deve comportar uma nova compreensão que reoriente o processo legislativo e a prática jurisprudencial.

ABSTRACT

The present thesis defends the reconstruction of the juridical subordination notion as a distinctive criterion of the labor contract. From a historical reconstruction of the notion in the labor law, the thesis shows that, in the new productive organization of *pós-fordista* pattern, which broke with the hegemony of the *taylorismo-fordista*, the subordination suffered great loss of operational capacity as a criterion for the labor law. The diagnosis of the wage relationship fragmentation is the decisive factor which produced the crisis of the juridical subordination notion, with a huge impact on the ambit of application of the labor contract. From the category of immaterial labor, this fragmentation is understood as being a process which provoked the diffusion of the subordination in the production time and space and, in this way, it originated the new ways of subordination. The definition presented herein defends the historical rescue of the notion through the social-economical justification of protection given to dependent labor, allowing several activities of personal labor, as well as the ones done by others to be supported by the labor law. According to the Brazilian labor law, the predominance of the juridical subordination notion, in this perspective, must comprehend a new understanding which comes to redirect the legislative process and the jurisprudence practice.

RÉSUMÉ

Cette thèse soutient la reconstruction de la notion de subordination juridique comme critère distinctif du contrat de travail. A partir de la reconstitution historique de cette notion dans le droit social, la thèse démontre que, lors de la nouvelle organisation productive qui suit le modèle *post-fordiste* et qui s'est opposée à l'hégémonie du *taylorisme-fordiste*, la subordination, en tant que critère pour le droit social, a éprouvé une grande perte d'opérationnalité. Le diagnostic du fractionnement du rapport salarial a énormément contribué à la crise de la notion de subordination juridique et a également produit un grand effet dans le champ d'application du contrat de travail. A partir de la catégorie du travail immatériel, ce fractionnement est saisi comme un processus qui a déclenché la diffusion de la subordination dans le temps et dans l'espace de la production, ce qui a permis de nouveaux modèles de subordination. La formulation présentée soutient la récupération historique de cette notion au moyen de la justification socio-économique de protection au travail dépendant, ce qui permet que de différentes activités de travail personnel et pour le compte d'autrui soient soutenues par le droit social. Dans cette optique, la prépondérance de la notion de subordination juridique dans le droit social brésilien devrait comporter une nouvelle compréhension qui réoriente le processus législatif et la pratique jurisprudentielle.

1 INTRODUÇÃO

Jorge Luis Borges, no seu célebre conto *O jardim das veredas que se bifurcam*, brinda-nos com um relato metafísico que rompe com a linearidade do tempo e põe fim às certezas. Yu Tsun - chinês criado num jardim labiríntico de Hai-Feng, neto de Ts'ui Pên - vê-se perseguido por Madden, agente da inteligência inglesa. Yu, tentando realizar a sua última missão, contacta com um sinólogo - Stephen Albert - que lhe apresenta a obra de seu avô, um livro e um labirinto. Yu, caminhando por um labirinto, torna-se "conhecedor abstrato do mundo"; ocorre a anagnóriks aristotélica, passagem do não saber ao saber, do desconhecer ao conhecer. Após essa peripécia, o romance de seu avô, *O jardim das veredas que se bifurcam*, vem à tona. Albert explica a estrutura do romance, partindo de uma citação de Ts'ui; "Deixo aos vários futuros (não a todos) meu jardim de veredas que se bifurcam". A partir daí, percebe-se a opção de Pên, o protagonista de sua narração não se decide apenas por uma ação, mas por todas, tornando quaisquer futuros possíveis. Ts'ui não escreveu um livro e nem edificou um labirinto; criou um livro-labirinto, que funciona como equivalente do tempo espiral, sendo possível pular de uma parte para outra sem ocorrer perda do nexos. O tempo é alinear. É possível, ao seu redor, traçar minúsculas e infinitas semi-retas, cada uma convergindo para uma possibilidade, um futuro. Borges, na sua imensa dimensão humana, revela, nesse conto, uma disposição de pensar o impossível, desenvolver paradoxos, imaginar o que não pode ser imaginado. O labirinto borginiano, um dos símbolos preferidos de Borges, reproduz uma bela metáfora que revela as ambigüidades do direito do trabalho e do sujeito trabalhador. Uma metáfora, que bem ilustra este texto, situado nas encruzilhadas de um labirinto de idéias e alternativas entrelaçadas e intrincadas, na perspectiva da propalada crise do direito do trabalho, esse outro labirinto.

Este texto problematiza a noção de subordinação jurídica na relação de trabalho como critério doutrinário e jurisprudencial utilizado pelo direito do trabalho na distinção do contrato de trabalho. Construída pela doutrina e pela prática jurisprudencial de países com tradição jurídica romano-germânica há quase cem anos, a subordinação jurídica teve, como primeiro objetivo, a distinção do contrato de trabalho dos demais contratos de locação de mão-de-obra regulados pelo Direito Civil clássico. A noção de subordinação representa, assim, a exata medida do direito do trabalho, que surge em fins de século XIX e começo do século XX, para dar respostas à chamada questão social, pois pretendia corresponder à noção de trabalho assalariado revelado pela condição operária que brotava da Revolução Industrial.

Um despretenso critério jurídico passa a definir o trabalho dependente, que justifica a proteção dos direitos sociais e, assim, assume uma importância decisiva na sociedade de trabalho, pois é a chave de acesso à proteção daqueles que vivem da venda da força de trabalho. Apesar de constituir-se num critério jurídico não positivo, a noção de subordinação tem sua fundamentação histórica numa realidade sócio-econômica: o trabalho assalariado e dependente. Mas o processo de racionalização do direito do trabalho se faz em meio aos paradoxos da modernidade, do sujeito moderno e do sujeito de direito. Como justificar, por exemplo, um direito moderno fundado a partir da noção de sujeição pessoal a quem o contratou? São inevitáveis os embaraços com o contratualismo clássico, que faz a glorificação teórica de sujeitos livres e iguais. Mas o direito do trabalho, quer pela doutrina, quer pela prática jurisprudencial, fez enorme esforço para definir em critérios seguros a subordinação jurídica, afastando-a de sua origem, que remetia a um caráter pessoal, o que resultou numa justificação como categoria jurídica.

Toda tematização é feita e compreendida dentro do paradigma da modernidade industrial e sua transição para a sociedade pós-industrial, contextualizada em dois momentos: na formação da noção jurídica de assalariado e na definição de seu quadro jurídico pela noção de subordinação jurídica; no segundo momento, pela crise da noção de subordinação jurídica na relação de trabalho.

A noção de subordinação jurídica remete a um trabalho cuja execução se dá sob a autoridade de um empregador, que tem o poder de dar ordens, de controlar a execução do trabalho e impor sanções disciplinares. Para muitas atividades, como as de profissionais liberais, artistas, representantes comerciais, o critério sempre suscitou dúvidas se devia integrar a condição de um trabalho dependente ou independente. Mas a perda de operacionalidade técnica da subordinação jurídica se dá de forma crescente e intensa no direito do trabalho nos últimos trinta anos. Assim, a pesquisa explora a tensão na regulação do direito do trabalho, que se torna mais aguda com a fragmentação da relação salarial fordista, sobre a qual a subordinação jurídica havia encontrado condições férteis para a sua evolução. O critério da subordinação é facilmente caracterizado numa empresa taylorista; porém, no pós-fordismo, esse critério não tem reflexividade na realidade concreta e cotidiana do trabalho assalariado. Nessa direção, constitui-se como hipótese metodológica desta investigação, a emergência do novo modo de produção capitalista com a mudança dos paradigmas produtivos, agora ambientados nas organizações produtivas do tipo pós-fordista, os quais rompem com a noção da imagem do trabalho subordinado do taylorismo, que tinha como eixo central a empresa, a gestão direta da mão-de-obra e o controle rígido do trabalho. Com isso, as noções de espaço e tempo da produção, que permitiram a formulação de um critério jurídico na idéia de um trabalho subordinado, ficaram fragilizadas.

A pesquisa compreende esse momento não como simples crise operacional, mas como perspectiva de transição paradigmática no direito do trabalho. O direito do trabalho vive um momento de tensão dialética “entre regulação social e emancipação social”, no argumento de Boaventura de Souza Santos, para a crise da modernidade, que serve também à crise da regulação da sociedade do trabalho¹. A maior tarefa é compreender o sentido dessa tensão, a partir de uma posição teórica que faça um diálogo do direito com as ciências sociais e, além disso, submeta a análise jurídica às transformações contemporâneas do trabalho.²

¹SANTOS, Boaventura de Souza. *As tensões da modernidade*. Disponível em: <<http://www.forumsocialmundial.org.br/português/biblioteca>>. Acesso em 22 jan.2001. p. 1

² As referências teóricas utilizadas na problematização e na argumentação são inteiramente tributadas aos filósofos, historiadores e sociólogos, as quais foram apropriadas para permitir uma

É possível estudar o direito do trabalho, hoje, a partir de diferentes perspectivas e abordagens.³ Mas o processo social, econômico e político é que determina, ainda, uma melhor compreensão do fenômeno social. No entanto, o que é fundamental para compreender efetivamente o contexto do direito do trabalho, quer historicamente, quer como fenômeno político e social, é o estudo do modo de produção capitalista e do processo do trabalho, ou seja, da dinâmica das forças produtivas, já que o capitalismo é forma de organização técnica (razão instrumental) e, como bem disse A. Gramsci, a hegemonia capitalista nasce nas fábricas.

Esse aporte teórico é feito pela hipótese da emergência de uma nova centralidade do trabalho vivo, a partir das formulações que vêm sendo elaboradas por um grupo de filósofos e sociólogos, com destaque para as contribuições de A. Negri.⁴ Trata-se de uma leitura das novas organizações produtivas pela categoria do trabalho imaterial, resgatada da obra de K. Marx. A categoria do trabalho imaterial possibilita a compreensão da dinâmica pós-fordista de produção e da nova condição de subordinação do trabalho ao capital e ao Estado, apontando para a emergência de uma nova realidade sócio-econômica do trabalho dependente, abrindo caminho para redefinição dos espaços da autonomia e da subordinação. Também estão implicados, nesse processo, a crise de legitimidade do direito, o esvaziamento do pilar de regulação do Estado nas relações sociais e a perda do referencial do Estado Social.

compreensão e uma releitura do presente, permitindo formular outras questões, que acabaram por justificar a tese.

³ Nesta investigação, para fins científicos, evitando as armadilhas e ambigüidades terminológicas, utiliza-se o termo “trabalho” em sentido genérico para toda obra humana; o termo “atividade” é utilizado para toda atividade remunerada ou não; e “emprego” para a noção jurídica e política de contrato de trabalho. O “direito do trabalho” é também compreendido como o “direito individual do trabalho” e o “direito coletivo do trabalho”, pois, metodologicamente, não se deve fazer essa distinção, já que há de se entender que o direito do trabalho comporta uma inseparável dimensão individual e coletiva.

⁴ Esta investigação tem, ainda, como premissas metodológicas para a análise histórico-sociológica as contribuições teóricas de K. Marx (*O Capital*), M. Weber (*Economia e Sociedade*), J. Habermas (*Mudança Estrutural da Esfera Pública*; *Direito e Democracia* e *A nova intransparência*), e B. de Souza Santos (*Pela Mão de Alice* e *Crítica da Razão Indolente*). Não há um compromisso com a análise crítica desses autores ou suas respectivas confrontações, apenas são utilizados como referências teóricas com reflexões importantes na problemática da modernidade e do direito na direção de um processo de recomposição ético-valorativa da modernidade. Portanto, a tese é ancorada (ainda) no legado do projeto da modernidade.

A investigação destes novos referenciais de autonomia e de subordinação pode ter implicação direta na regulação do trabalho que se propõe a noção de subordinação jurídica. É preciso lembrar que a idéia de regulação do direito não se rende apenas à justificação do poder soberano. Como lembrou B. de S. Santos

As exigências práticas da regulação estão, assim, subordinadas à experiência racional, que, por sua vez, longe de ser um produto técnico com fins instrumentais, constitui a procura por uma nova ética política e social ajustada aos novos tempos e aos novos ideais de autonomia e liberdade.⁵

Além disso, a subordinação é compreendida como um conceito antes de tudo histórico e não ontológico e, assim, sempre comporta uma nova leitura.

Feito o relato metodológico desta tese, registra-se que ela responde, ainda, a uma tentação intelectual: construir uma fundamentação que, ao mesmo tempo moderna e operativa, reafirme a noção de subordinação jurídica. Na regulação do trabalho a subordinação jurídica continua sendo o referencial de inclusão ou de exclusão da proteção social, ainda fundada na idéia moderna de emprego. Por isso, a grande importância do tema para o direito do trabalho.

O itinerário da tese parte de uma leitura crítica da noção de subordinação, contudo sem abandoná-la, sempre numa perspectiva de uma nova hermenêutica crítica e reconstrutiva. A problematização do tema segue fazendo uma verticalização da problemática do sujeito trabalhador e da noção jurídica de empregado e seus elementos definidores de um trabalho dependente, frente à profunda mutação na organização, no conteúdo e no tempo de trabalho.

É privilegiada a análise da situação jurídica brasileira, embora toda a problematização pressuponha a condição jurídica do trabalho assalariado na moldura do que se convencionou e universalizou como o direito do trabalho. Como opção metodológica, não houve uma preocupação de destacar, comparativamente, a situação dos Estados nacionais. A tematização da noção de subordinação jurídica,

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez 2000. p. 123.

no direito do trabalho brasileiro, é feita por meio do fio condutor das novas exigências de autonomia e de dependência na organização do trabalho frente às possíveis inadequações da legislação nacional e da prática jurisprudencial.

No primeiro capítulo, apresenta-se como se dá a estruturação da subordinação no direito do trabalho, com todos os seus impasses, contradições e paradoxos, ao longo do século XX. Já no segundo capítulo, apresenta-se o estado da arte da subordinação, vivido no final do século XX e início do século XXI, marcado pela crise operacional do critério da subordinação. No terceiro capítulo, tematizam-se as alternativas de enfrentamento propostas pelo direito do trabalho e, como referencial teórico, é trabalhada a categoria do trabalho imaterial (trabalho vivo), que permite demonstrar a hipótese da ocorrência do deslocamento da subordinação para fora do ambiente da produção. No quarto e último capítulo, apresentam-se algumas possibilidades de novas compreensões da noção de subordinação jurídica pelo legislador, que servem também como ferramentas de interpretação e aplicação pela prática jurisprudencial. Essa perspectiva tem, como norte, reafirmar a subordinação jurídica como critério ainda válido, e defender uma refundamentação do conceito a partir de um critério não mais unívoco, mas aberto e pluralista.

Esta é uma reflexão que pretende apontar para uma nova síntese da noção de subordinação jurídica. Trata-se da defesa de uma nova concepção da subordinação jurídica, para enfrentar a crise da noção no direito do trabalho. A proposta parte do resgate do sistema jurídico atual, e incorpora as transformações contemporâneas na organização do trabalho e as críticas aos velhos paradigmas; finalmente, articula um novo modo de compreender o trabalho subordinado e, conseqüentemente, a delimitação da nova noção de subordinação jurídica.

2 SUBORDINAÇÃO JURÍDICA COMO DIMENSÃO DA TUTELA DO TRABALHO SUBORDINADO

O importante não é que, pela primeira vez na história, os operários tenham sido admitidos com iguais direitos na esfera pública, e sim que quase conseguimos nivelar todas as atividades humanas, reduzindo-as ao denominador comum de assegurar as coisas necessárias à vida e de produzi-las em abundância. (Hannah ARENDT).

2.1 SUBORDINAÇÃO COMO CRITÉRIO DEFINIDOR DO ASSALARIADO

A narrativa do trabalho assalariado na sociedade industrial é construída a partir do fenômeno jurídico ambíguo e complexo do trabalho livre e subordinado. O trabalho assalariado irrompe das entranhas da Revolução Industrial, na Inglaterra do século XVIII, como elo necessário para o impulso da emergente sociedade industrial. O livre acesso ao trabalho representou “uma revolução jurídica tão importante quanto a revolução industrial de que, aliás, é a contrapartida”.⁶

O assalariamento nasce, sobretudo, como tributo às exigências do trabalho livre (formalmente, como disse Max Weber⁷), na ambiência do modelo liberal clássico da liberdade individual. O processo de rompimento e de transição das formas tradicionais de trabalho do antigo regime e a sua reorientação para o trabalho assalariado é, certamente, um dos episódios mais emblemáticos da então emergente sociedade industrial. Bastaria reconhecer que a noção atual de trabalho

⁶ CASTEL, Robert. *As metaformoses da questão social: uma crônica do salário*. São Paulo: Vozes, 1998. p. 44.

⁷ Afirmou M. Weber: “O Ocidente, todavia, ao lado desse, veio conhecer, na era moderna, um tipo completamente diverso e nunca antes encontrado de capitalismo: a organização capitalística racional assentada no trabalho livre (formalmente, pelo menos).” (WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 11. ed. São Paulo: Pioneira, 1996. p. 7).

tem sua origem no século XVIII, não se conhecendo antes qualquer referência à atual noção equivalente à de empregado assalariado.⁸

Em que pesem as mais variadas noções que o trabalho assalariado incorporou na modernidade, o fato é que a definição vulgarizada de trabalho tem pouco mais de 200 anos e, portanto, aparece dentro do contexto social, político, filosófico e econômico da sociedade industrial. Para demarcar um primeiro recorte teórico, poder-se-ia, então, afirmar que o trabalho assalariado é fruto da sociedade industrial, comportando todas as implicações decorrentes de sua localização histórica dentro do paradigma indústria. É, então, no contexto da sociedade industrial, compreendida dentro do marco da modernidade liberal,⁹ que se estrutura a regulação do trabalho livre.

Mas, afinal, o que se deve entender por assalariado enquanto categoria histórica da modernidade? As ciências sociais foram responsáveis pela noção e classificação de assalariado, que se impôs durante o século XIX e XX. Dimensionado sempre pela idéia de inclusão e exclusão, dentro da perspectiva de uma relação salarial moderna, o assalariado pressupõe uma classificação da categoria emprego, tempo de trabalho e de não-trabalho e a contagem exata do tempo de trabalho. É verdade que, antes da Revolução Industrial, podem ser identificados modos de assalariamento; todavia, a delimitação quase hegemônica do que se chamou de “sociedade salarial”, enquanto expressão econômica e social, somente se verificou com a clarificação da condição salarial.¹⁰ É na modernidade liberal do século XIX que o trabalho é reconhecido como fonte de riqueza, uma

⁸ No Mercantilismo é que se demarca a importância e o valor do trabalho. Porém, nesse período ele se apresenta dentro do modelo disciplinar, um trabalho forçado, ainda cumprindo uma função econômica e de satisfação dos interesses do poder do Reino. Somente o liberalismo é que possibilita a imposição da liberdade de trabalho, como uma representação (CASTEL, Robert, *op. cit.*, p. 229-230).

⁹ A modernidade aqui referida é compreendida como sendo tributária da corrente filosófica que fundou em torno da idéia de universal, racionalidade e autonomia da vontade, na linha do que se denominou contratualismo.

¹⁰ A principal obra de Marx (*O Capital*) revela a condição indigna do assalariamento do proletário na sociedade moderna.

necessidade econômica e um dever moral. Aqui, ainda subsiste uma noção de trabalho de caráter moral, coercitivo, disciplinar.¹¹

Mas a liberdade de trabalho encontra seu maior fundamento no Iluminismo, onde contrato e mercado proporcionaram a aproximação teórica entre o livre acesso ao mercado e o contrato, este como expressão da vontade livre. Na sociedade moderna, é o contrato e não mais a coerção que concretizam a relação entre trabalhador e empregador. Assim, o direito ao trabalho foi habilidosamente traduzido num direito de livre acesso ao trabalho; por isso, tem razão R. Castel ao afirmar que “o ‘livre contrato de trabalho’ parece ter sido imposto aos trabalhadores numa relação de dominação política”.¹² O direito do trabalho somente surge num segundo momento da Revolução Industrial a partir da contratualização, com a estruturação de tutelas modernas nos moldes de um estatuto, mas o contrato tenta compatibilizar a liberdade de trabalho com uma relação de dependência.

Condição proletária, condição operária e condição salarial são, em verdade, as três configurações do trabalho legadas pela sociedade industrial, entre as quais está inserida e implicada a condição do assalariamento, como modelo de integração e identidade.¹³ É a condição de assalariado, adotada desde o início do século XIX, que possibilitou a identificação do assalariado operário, inserido na fábrica hierarquizada, remunerado por tarefas e sujeito ao poder privado de quem o contratou. Uma vez universalizado o trabalho assalariado no ambiente da fábrica, é que se pode afirmar, no sentido sociológico, o advento de uma sociedade de trabalho. Na condição operária, somente era assegurada uma renda mínima para

¹¹ Hannah Arendt foi quem apresentou uma brilhante síntese da evolução da noção de trabalho na modernidade: “A súbita e espetacular promoção do labor, da mais humilde e desprezível posição à mais estimada de todas as atividades humanas, começou quando Locke descobriu que o ‘Labor’ é a fonte de toda propriedade; prosseguiu quando Adam Smith afirmou que esse mesmo ‘labor’ era a fonte de toda riqueza; e atingiu o clímax no ‘system of labor’ de Marx, no qual o labor passou a ser a origem de toda produtividade e a expressão da própria humanidade do homem” (ARENDR, op. cit., p. 113).

¹² CASTEL, Robert, *op. cit.*, p. 263.

¹³ O proletário carrega a imagem de excluído, que põe a nu, no início da sociedade industrial a condição de pauperização. A imagem do operário é já o do inserido na relação salarial, com direitos indiretos além do salário ajustado e, ainda, como a perspectiva de integração social. (*Idem, ibidem.*, p. 415).

subsistência e reprodução, sem qualquer estatuto com garantias e direitos, tal como se dá na relação salarial. A passagem da condição operária para a relação salarial fordista foi possível somente pela conjunção de algumas condições, sobretudo a racionalização do processo de trabalho (taylorismo) e o direito do trabalho, composto de um estatuto e um contrato individual de trabalho, pois a promoção da condição do assalariado é que possibilitou a formação de um estatuto do trabalho assalariado, tal como se universalizou em meados do século XX.

Assim, o século XX forneceu todas as condições para a emergência de um trabalho assalariado, numa relação de subordinação à organização científica do trabalho, com a submissão a todas as formas de racionalização técnica legadas pelo taylorismo, depois pelo fordismo. Aqui se concretiza a condição de alienação e dependência do trabalho operário. A subordinação e dependência aparecem, assim, como condição operária no processo de construção da sociedade industrial. Esse momento é descrito por R. Castel ao afirmar que: “A condição operária não deu à luz a outra forma de sociedade, apenas se inscreveu num lugar subordinado na sociedade salarial”.¹⁴ Enfim, a classe operária se afirma como identidade, num lugar próprio, numa condição de dependência. Aqui, aparece um primeiro paradoxo: a submissão do operário trabalhador se justifica pela afirmação teórica da liberdade contratual.

O conteúdo da noção de dependência teve como primeira pretensão revelar a síntese da condição salarial e, por sua vez, do trabalho assalariado. Mas a justificação teórica da categoria assalariado, na modernidade industrial, é bastante ambígua e complexa. Porém, da perspectiva econômica, o trabalho na modernidade adquire a condição de produto, solucionando um impasse histórico de enfrentar dois problemas: como alocar as pessoas e, o reverso, como distribuir o resultado do processo produtivo (renda), pela estruturação jurídica do direito do trabalho.¹⁵

¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 450.

¹⁵ “Nos livros de economia, o primeiro problema seria de produção, ou seja, como fazer com que os trabalhadores entrem para o trabalho? O segundo seria de distribuição de renda, seja em dinheiro propriamente dito, ou outra forma de renda. Nas sociedades modernas, esse é um fato um tanto recente e excepcional; algo que, mesmo para os modernizadores econômicos atuais da América do Norte e da Europa Ocidental, talvez tenha apenas duzentos anos. Mas a resposta é que, nas

A formulação jurídica, com todo o esforço metódico de coerência interna legada pelo racionalismo, fundamentou, a partir da noção de subordinação jurídica, uma apreensão completa do assalariado, depois como atributo da proteção social, especialmente no âmbito de aplicação do direito do trabalho e da seguridade social. Dentro da modernidade e da teoria do direito, o referencial teórico e jurídico, construído no início do século XX, sofre, a partir de então, todas as influências e contingências históricas, econômicas, filosóficas e políticas. Mas a afirmação da liberdade de trabalho se apresenta de forma ambígua diante da exigência de uma relação de dependência e de subordinação, como condição necessária para a configuração dessa relação jurídica.

A classe operária, então hegemônica, sofre com um processo de fragmentação, para alguns de destituição, com a promoção do Estado de Bem-Estar Social, entre os anos 30 e 70 do século XX, quando se deu, em especial nos países centrais, o acesso dos trabalhadores ao consumo e o aparecimento do assalariado não-operário. Essa segmentação da classe operária, dissolvida na classe média, coloca em questão a subsistência da subordinação que era a marca registrada do operário assalariado. O caráter de dependência de algumas categorias de assalariados passa a ser questionado, quando, por exemplo, se insere numa grande companhia sob a forma de sociedade anônima, onde a dependência pessoal não mais está presente; ou, ainda, no aparecimento de executivos assalariados em substituição aos antigos empregadores patrões. A condição de assalariado, necessariamente dependente, entra, assim, em crise nos países centrais nos anos 60 do século XX, com a tendência ao desaparecimento de uma classe operária assalariada hegemônica e, assim, todo o seu legado de um papel histórico. O fato é que a justificação filosófica e política do assalariamento operário, depois fordista, como condição de subordinação se relativizou.

Porém, subsiste o assalariado enquanto identidade social, pois a “sociedade salarial pode mostrar uma estrutura relativamente homogênea na sua diferenciação”,

sociedades modernas, temos como resolver os problemas com um mecanismo simples e revolucionário em suas conseqüências, que é o contrato de trabalho” (OFFE, Claus. Reforma do Estado e Trabalho. In: _____. *Relações de trabalho contemporâneas*. Belo Horizonte: PUC Minas Gerais, 1999. p. 55). Há mais de duzentos anos não havia possibilidade de tratar o trabalho humano como produto.

no sentido de que o assalariamento é, ainda, “um princípio único que, ao mesmo tempo, os reúne e os separa e fundamenta, assim, a sua identidade social”.¹⁶ No contexto desses paradoxos e ambigüidades, a noção de subordinação jurídica, como mecanismo de regulação da venda do trabalho humano, faz sua trajetória, sempre num movimento pendular, para permitir maior ou menor inclusão na proteção social.

O objeto desta análise se concentra no momento de uma transição paradigmática, em processo a partir da década de 80 do século XX, quando a noção de subordinação jurídica, como critério jurídico distintivo do contrato de trabalho, depois das tentativas de fixação de um critério unívoco de dependência do assalariado, tem sua trajetória marcada pelos impasses da crise de sua regulação, mediada ora por uma tendência de alargamento do conceito pela legislação e pela jurisprudência, ora pelo seu abandono e a fixação de outros fatores de maior segurança jurídica. Esse debate se dá contextualizado na perspectiva de uma nova questão da sociedade salarial no início do século XXI, que diante da exclusão (desemprego) e da fragmentação do trabalho em todas as suas formas (precarização do trabalho), se bifurca em vários caminhos e armadilhas possíveis, colocando-nos, novamente, frente ao enigma de um labirinto.

2.2 O ASSALARIADO COMO SUJEITO DE DIREITO

A tutela do contrato de trabalho e do estatuto, moldado a partir do século XIX, se dirige apenas àqueles que satisfazem a noção de assalariados, segundo o critério adotado para aplicação do direito do trabalho. Ou seja, a condição de assalariado, e não o objeto do contrato, é que propicia o acesso à proteção do contrato. Essa formulação representa uma tentativa histórica de delimitação do direito do trabalho aos assalariados. Essa distinção, por sua vez, passa a ser feita pela noção de subordinação e dependência.

¹⁶ CASTEL, Robert, *op. cit.*, p. 478.

A vinculação da subordinação ao status de assalariado tem origem na superação das figuras históricas do direito romano, representadas pela *locatio operis* e a *locatio operarum*. A diferença entre a *locatio operis* e a *locatio operarum* decorre justamente da obrigação pactuada, se obrigação de meio ou de resultado, utilizada para fins de determinação dos riscos do trabalho. A locação de trabalho representava o contrato para realização de uma obra; e a locação de serviços, o trabalho servil e doméstico. Ambos tinham como condição o trabalho por conta de outrem; porém, a distinção se fazia exclusivamente pelo seu objeto.¹⁷ O Código de Napoleão, ao adotar o termo locação de serviços (*louage d'ouvrage et d'industrie*), qualificou essa atividade como de locação de trabalho subordinado, definindo as demais formas de prestação de trabalho pelo seu objeto específico.

Porém, a influência civilista do século XIX fez com que se passasse a fixar a subordinação pelo objeto do contrato e não pelo modo de remuneração. Essa dissociação nas duas concepções, que aparecem no direito romano e no Código Civil Francês, fez com que se substituisse o critério de remuneração pelo de relação de dependência.¹⁸ A evolução do conceito de modo de remuneração pelo critério de dependência fundamentou uma nova definição de subordinação pela doutrina do direito do trabalho, agora justificada pela relação de dependência entre patrão e empregado, que também pretendia delinear o conceito de assalariado.¹⁹ A relação

¹⁷ Essa distinção correspondia a uma “doctrina pandectista, a la necesidad de solucionar la cuestion de la imputación y repartición de los riesgos inherentes a la realización de la prestación de trabajo. Se trataba, por un lado, del riesgo de la utilidad del trabajo que, incidiendo sobre el resultado productivo de la actividad laboral, dependia de la dificultad técnico-económica del propio resultado y, en definitiva, de la misma organización de trabajo, y, por otro lado, la fuerza mayor, que impdían la ejecución de la prestación y determinaban consecuentemente la pérdida parcial o total de la remuneración”. (RIVAS, Daniel. *La subordinacion*. Critério Distintivo del contrato de trabajo. Montevideo: Fundación de Cultura Unievrsitaria, 1995. p. 20).

¹⁸ AUBERT-MONPEYSEN, Therese. *Subordination juridique et relation de travail*. Paris: CNRS, 1988. p. 8-9.

¹⁹ Contribui para essa evolução também a lei francesa sobre acidentes de trabalho, de 9 de abril de 1898, a qual beneficiava apenas os trabalhadores detentores de contrato de trabalho, este definido pela atividade desempenhada de forma dirigida e controlado por um patrão.

de dependência, como elemento constitutivo do contrato de trabalho, aparece, na jurisprudência, de forma mais consistente e sistematizada, no início do século XX.²⁰

A elaboração histórica do critério distintivo do contrato de trabalho, que adota a noção de subordinação, vinculada à dependência, conseqüentemente, reclamava um interesse jurídico na definição do assalariado ou da condição de assalariamento, embora a idéia de dependência tenha se construído dentro do programa da justiça social, em resposta à questão social do século XIX, denunciada sobretudo pelo movimento operário e pela igreja católica. Assim, a noção de dependência aparece no século XIX para dar resposta à questão social, introduzindo uma legislação protetora do operário na busca da melhoria de sua condição social. Essa condição histórica está dissociada de qualquer pretensão de enquadramento jurídico, como anotou A. M. Melgar:

El trabajo dependiente, obviamente, no ha sido una creación de legisladores y juristas en general; es cierto que muchas generaciones de gentes de Derecho se vienen afanando en afinar y precisar el alcance jurídico de esa dependencia; pero la subordinación es un hecho social, no me atravesé a decir que consustancial a la naturaleza humana, pero sí absolutamente habitual en las prestaciones de trabajo asalariado a través de la historia.²¹

A condição de assalariado e a justiça social não são conceitos estritamente jurídicos; porém, as pretensões doutrinárias, nessa direção, forçam a refletir sobre a problemática. Aqui, é interessante notar que o direito civil se consolida na moldura exata do positivismo jurídico, ao passo que o direito do trabalho, preocupado com a questão social, se estrutura a partir de um conceito de “justiça particular”. O divórcio entre a teoria do direito civil e a do direito do trabalho talvez explique boa parte das denunciadas dificuldades de apreensão de um conceito preciso e utilitário na aplicação do direito do trabalho.²² Enquanto o direito civil nasce a partir de uma

²⁰ Uma das mais relevantes sistematizações doutrinárias do critério de dependência se deve à obra de Ludovico Barassi, de 1901, com a publicação de seu *Il contratto di lavoro nel Diritto positivo italiano*. Milano: Società Editrice Libreria.

²¹ MELGAR, Alfredo Montoya. Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del trabajo. Madrid: Tecnos, [19--]. p. 60.

²² Esse não é um mero dado histórico, mas a localização precisa do divórcio entre direito e justiça a partir do conceito de subordinação jurídica. A denúncia da falta de rigor metodológico dirigida ao

filosofia claramente contratualista, igualitária, de timbre marcadamente patrimonialista, nos moldes do Código de Napoleão, o direito do trabalho é tecido por critérios bastante distintos, já que toda legislação do trabalho é construída a partir da questão social, vivida pelo drama das precárias e indignas condições de trabalho do século XIX, de proteção do mais débil na relação contratual de venda da força de trabalho. Ou seja, enquanto o direito civil se estrutura no critério de igualdade, o direito do trabalho é construído na relação de subordinação e dependência.²³ Por isso, é inegável a dificuldade de uma definição jurídica coerente para a noção de subordinação, já que fundada a partir de um conceito sociológico e heterogêneo: o assalariado.

A pretensão de um conceito jurídico unitário da subordinação jurídica, sem uma racionalidade técnica, evidencia um conceito marcadamente relativista para o direito do trabalho. Primeiro, o conceito de assalariado na sociedade industrial é ambíguo e mutável, operando sempre dentro de uma esfera de complexidade da organização social. Depois, a relação de trabalho se desenvolve dentro das mais diversas atividades, ramos, condições, entabuladas, ainda, pelas inúmeras modalidades contratuais regulamentadas pelo direito do trabalho. Historicamente, as dificuldades de justificação de um critério jurídico unitário são as mesmas inerentes à notória relatividade da questão social. Desse dilema não sofreu o direito civil, cujo critério simples da formal noção de “igualdade” justificava, ao menos formalmente, o seu campo de aplicação.

O enfrentamento dessa diversidade de situações de mobilidade social, pluralidade contratual e de condições de trabalho, é feito pela jurisprudência, que, a cada nova lei trabalhista, se lança a definir os critérios para fixação da subordinação jurídica.²⁴ Na jurisprudência, a problemática da definição de subordinação jurídica se

direito do trabalho por um positivismo jurídico talvez esteja em criticar o que ele tem (ou tinha) como sua maior virtude: uma pretensão de justiça social.

²³ AUBERT-MONPEYSEN, Thérèse, *op. cit.*, p. 11.

²⁴ O artigo 3º da CLT, diz que “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”; ao introduzir a expressão “dependência”, deu a exata conotação histórica de que trabalho dependente é o trabalho subordinado para fins de aplicação da legislação trabalhista. Coube à doutrina e à jurisprudência sustentarem que a dependência referida não é hierárquica, econômica ou técnica, mas jurídica.

concentra, ao analisar as mais variadas modalidades contratuais, na procura de identificação de características formais da dependência ou da subordinação por critérios jurídicos, em geral, sem nenhuma preocupação em se manter fiel à noção originária de assalariado. A jurisprudência perdeu o referencial da noção de assalariado, ao optar por ferramentas de interpretação estritamente positivistas, tal como faz ao usar critérios supostamente inerentes à subordinação jurídica. Com isso, algumas características, historicamente identificadas como presentes no trabalho assalariado, foram admitidas como inerentes a essa condição, passando a subordinação ao status de um quase superprincípio positivado no direito do trabalho. É imperioso reconhecer que os direitos sociais se desenvolvem vinculados à qualidade e ao status de assalariado, o qual era definido pela noção de subordinação jurídica e que dá a noção de sujeito de direito ao trabalhador por meio da relação de trabalho.²⁵

2.2.1 A relação jurídica do trabalho assalariado no Brasil

O Brasil teve um processo de assalariamento peculiar e diverso dos países então em industrialização, pois a condição de colônia impôs uma inserção tardia do país. Por outro lado, a regulação do trabalho livre no Brasil, no final do último quartel do século XIX, evidencia um paradoxo: o advento da propalada libertação do trabalho escravo se dava via uma regulamentação rígida na contratação e na disciplina imposta aos trabalhadores. A utilização do trabalho escravo no Brasil colonial se deu dentro do projeto de expansão comercial e agrícola dos países colonizadores, especialmente Portugal. Celso Furtado, no seu *Formação Econômica do Brasil*, afirmou que “a ocupação econômica das terras americanas constitui um

²⁵ “La nueva legislación implicó un cambio radical en la regulación del trabajo. Emergió a un primer plano la consideración del trabajo en sí como un bien jurídico y del trabajador dependiente como un sujeto necesitado de protección especial”. (RIVAS, Daniel. *op. cit.*, p. 28).

episódio da expansão comercial da Europa”.²⁶ O primeiro interesse dos espanhóis e portugueses pela América foi o ouro acumulado. A mera exploração do ouro, no entanto, não assegurou a Portugal a manutenção da colônia, ameaçada de ocupação. Nesse período, somente a ocupação representava verdadeiro domínio. Por outro lado, os gastos de defesa eram bastante elevados. Como os portugueses já possuíam experiência no cultivo do açúcar em grande escala nas ilhas do Atlântico, a junção desse conhecimento técnico dos portugueses com a capacidade de transporte dos holandeses, na Europa, permitiram a produção do açúcar em larga escala no Brasil. O principal problema para essa expansão era a mão-de-obra, inexistente na colônia, e o transporte de Portugal era inviável.

Na expansão da plantação do açúcar no Brasil, Portugal utilizou-se, inicialmente, do trabalho de índios escravizados. Mas o sistema de monopólio da produção do açúcar entrou em decadência com o início da plantação de cana pelos holandeses nas ilhas das Antilhas, fazendo com que o preço do produto caísse. A necessidade política de colonização das terras e verificada a ausência de uma mão-de-obra excedente na península ibérica, na época, levou Portugal a optar pela introdução da mão-de-obra escrava africana (negra). Portanto, a primeira etapa da formação econômica do Brasil se dá pela utilização de mão-de-obra preexistente na exploração de minérios e pela produção de artigos agrícolas tropicais com uso de mão-de-obra escrava. No século XVIII, a exploração do ouro permitiu ao país grande expansão. Até a metade do século XIX, pelo menos, a estrutura econômica do país estava ainda centrada no uso da mão-de-obra escrava.

Apesar de todas as dificuldades de cooptação do silvícola - custo de transporte e o meio físico - a indústria açucareira teve grande expansão. Por ser inviável a utilização do indígena, a escassez de mão-de-obra era, então, o maior desafio. Por isso, a escravidão tornou-se a única alternativa para a sobrevivência do colono europeu na América. Os escravos montaram as indústrias açucareiras, que se tornaram a base de um sistema de produção. Porém, utilizava-se de trabalhadores assalariados na proporção de um a cada dez escravos. Em 1850, o

²⁶ FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 27ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2000. p. 3.

Brasil ainda tinha dois milhões de escravos. Os imigrantes europeus, trazidos a partir da metade da década de 50 do século XIX, eram contratados por modelo de parceria. Nas colônias, o imigrante recebia determinado número de pés de café para cultivar, e tinha direito à meação no resultado da venda. As dívidas contraídas na imigração eram pagas com juros de 6% ao ano, não podendo o colono descumprir o contrato antes de saldá-las integralmente, e nunca sem comunicar o contratante com seis meses de antecedência. O não cumprimento do contrato gerava multa ao colono. Outras cláusulas apareciam nos regulamentos das colônias, tais como as que impunham um controle disciplinar rigoroso, com aplicação de penas severas.

Esse itinerário histórico revela que a extinção do uso da mão-de-obra escrava no Brasil se deu por um processo lento e gradual, com vistas à transição para a formação de um mercado de trabalho livre. Somente na segunda metade do século XIX é que houve a preocupação de constituição e regulamentação legal do uso do trabalho livre no Brasil. A regulação dessas novas modalidades de uso da mão-de-obra contou com a mediação do Estado (Império) disciplinando os seus contornos jurídicos. As leis de locação de serviços de 1830, 1837 e 1879 representaram o principal marco na experiência de intervenção estatal na contratação do trabalho livre no Brasil.

Os dados historiográficos nos forçam a reconhecer que a formação da contratação (ou relação) individual do trabalho no Brasil não é fruto de “evolução histórica”, que se confundiria com a conquista da liberdade de trabalho. Mais do que curiosidades históricas, tivemos um processo particular, dissociado dos processos de desenvolvimento, que se deram nos países então em processo de industrialização. Enquanto nesses países o trabalho livre assalariado é introduzido como necessidade de desenvolvimento e expansão do capitalismo ainda incipiente, nestes trópicos predominaram os interesses de ocupação da terra e sua exploração. A legislação do trabalho livre no Brasil aparece mediando o paradoxo da liberação do trabalho como imperativo de liberdade e, por outro lado, se dá por um processo que teve como preocupação a garantia de mão-de-obra, impondo a disciplina e a obrigação de trabalho, tudo com garantias contratuais. Em verdade, pode-se reconhecer que a história do assalariado e do direito do trabalho representa, em

essência, um processo de adaptação de uma sociedade rural aos imperativos do capitalismo da sociedade industrial.

O desenvolvimento industrial tardio do Estado brasileiro impediu a formação e universalização de uma verdadeira sociedade salarial. São imensas as dificuldades em falar de exclusão, quando parcela significativa dos cidadãos sequer foi um dia incluída, pois se a integração e identidade do trabalhador se dá pela sua inserção na relação salarial, o processo abortou, sem que pudéssemos viver a experiência do Estado Social.²⁷

Mas esse registro histórico serve para demarcar como, no Brasil, a tutela do trabalho, via contrato de trabalho como expressão da liberdade de trabalho, somente aparece nas primeiras décadas do século XX, com a construção de uma legislação trabalhista de cunho intervencionista, que ganha a distinção de um estatuto apenas no Estado Novo de Getúlio Vargas com a edição da CLT, em 1943. O trabalho assalariado como categoria jurídica na relação contratual do trabalho livre, bem como os anseios de proteção social, aparecem de forma tardia e por inspiração e assimilação do processo histórico europeu, seguindo o caminho de equiparar o trabalho assalariado ao trabalho dependente, cujo tratamento jurídico pelo direito do trabalho será melhor explicitado ainda neste capítulo.

2.3 SUBORDINAÇÃO JURÍDICA COMO CRITÉRIO DISTINTIVO DO CONTRATO DE TRABALHO E EXPRESSÃO DA PROTEÇÃO SOCIAL

No direito romano, a *locatio* era a figura individualista que correspondia à relação contratual, pela qual um dos sujeitos colocava seu trabalho à disposição de outrem, que assumia os riscos da atividade econômica.²⁸ Assim, a tradição romana fazia a distinção entre a *locatio operarum*, que se referia ao trabalho que tinha como

²⁷ Não se faz aqui a defesa irrestrita do Estado Social, apenas se pontua a ruptura de nossa trajetória política, pois se devem levar em conta as limitações e as armadilhas que esse modelo evidenciou aos que vivem do trabalho, a começar por uma adesão dos trabalhadores irrestrita ao produtivismo, ao consumo de massas e, finalmente, à legitimação de um estado burocrático.

objeto os serviços, mediante o pagamento em dinheiro (mercês) e a *locatio operis facienda*, que indicava o trabalho cuja obrigação do locador é o resultado do trabalho. A teoria civilista de inspiração romana passou então a reconhecer a *locatio* como um negócio jurídico bilateral, ou seja, uma relação contratual. Na tradição germânica, de forma absolutamente diversa, onde prevaleceu uma visão institucionalista da empresa, compreendida como uma comunidade de interesses, não se admitiu a idéia contratualista nos moldes da tradição romana. Nessa tradição, o trabalhador ostenta um status, com deveres e direitos como partícipe da empresa-instituição; portanto, não vinculado a uma relação obrigacional, tal como se impôs na tradição romana.²⁹

A expressão “contrato de trabalho” somente aparece no século XIX para materializar e denominar a forma jurídica do trabalho subordinado, fazendo a distinção com locação de serviços e tendo como objeto o trabalho industrial então em emergência. É o contrato de trabalho tributário do direito romano que sistematiza uma legislação de tutela e de proteção do trabalho subordinado que também dá origem e delimita a disciplina do direito do trabalho. Mas o que define o contrato de trabalho? A doutrina passou a indicar que o contrato de trabalho tem por objeto o trabalho definido pela subordinação; era este, portanto, o critério distintivo da nova relação contratual. O contrato, por sua vez, se estrutura dentro de uma relação obrigacional civilista, embora o direito do trabalho tenha nascido em contraposição à disciplina do Código Civil.

Mas a questão central que emerge é do objeto do contrato de trabalho dentro da noção de objeto na estruturação do direito dos contratos. Se para todos os contratos, numa perspectiva civilista, o critério de definição se localiza no seu objeto, por que o contrato do trabalho elegeu o critério da subordinação jurídica? Diz-se que, pelo contrato de trabalho, o trabalhador se obriga a colocar sua força de

²⁸ É em Marx que, ao procurar um valor ou um equivalente para o trabalho, se chega ao conceito de “tempo” (Ver *O Capital*, v. 1).

²⁹ ROMITA, Sayão Arion. *A subordinação no contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 6-9.

trabalho à disposição de outrem, que utiliza e frui do valor do trabalho.³⁰ Se isso for verdadeiro, então a subordinação jurídica não se justifica pela disposição ao trabalho por contra de outrem, muito menos como critério do contrato de trabalho.

Na realidade, a justificação do critério da subordinação ou da dependência para o contrato de trabalho se funda num critério simplesmente operacional³¹ que, embora admita que o contrato implica a colocação da força de trabalho à disposição de outrem, de forma continuada, a doutrina e a jurisprudência o localizam pela evidência de vários indícios relacionados às condições de execução do trabalho em prol de quem o remunera.³² Subordinação, segundo a doutrina que se impôs, consistiria “numa relação de dependência necessária da conduta pessoal do trabalhador na execução do contrato face às ordens, regras ou orientações ditadas pelo empregador, dentro dos limites do mesmo contrato e das normas que o regem”³³. Esse critério passou a ser aceito pela quase totalidade da doutrina trabalhista.³⁴ A. M. Melgar sintetizou essa justificação doutrinária e jurisprudencial da

³⁰ O contrato de trabalho, como forma jurídica de exploração do trabalho livre é conceituado, segundo D. Maranhão, como: “o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador) a quem fica juridicamente subordinada” (Instituições de direito do trabalho, p. 231).

³¹ M. SAVINO, num texto da década de 40, destaca que as fontes da subordinação jurídica no Estado Corporativo italiano devem ser compreendidas como a subordinação que decorre da natureza pública da empresa e do contrato (SAVINO, Manfredi. *La subordinazione nel rapporto di lavoro*. Torino: Libreria Scientifica G. Giappichelli, 1944). M. PEDRAZZOLI, em obra publicada nos anos oitenta na Itália, traça uma importante discussão sobre as dificuldades de construção de uma democracia industrial pelos obstáculos do poder privado veiculado pela noção de subordinação jurídica. A subordinação, ao atuar como um critério negativo de poder, representa, segundo o autor, primeiro, um problema metodológico para o direito do trabalho na teoria do direito (PEDRAZZOLI, Marcello. *Democrazia industriale e subordinazione: poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1985).

³² A necessidade de qualificar, caso a caso, a existência de subordinação, levou a jurisprudência a fixar como critérios alguns indícios da existência de sujeição, os quais serão melhor explicitados no capítulo 5.

³³ FERNANDES, Antonio de Lemos Monteiro. *Direito do trabalho*. 9. ed. Almedina: Coimbra, 1994. p. 122.

³⁴ É preciso registrar críticas importantes ao critério da subordinação jurídica, como fizeram os autores espanhóis Manoel Alonso Olea, Gaspar Bayón e Manuel Alonso García, ao defenderem a adoção do critério da alteridade em substituição ao da dependência. Verificaram também algumas manifestações na jurisprudência pela rejeição do critério da subordinação, contudo sem alcançar uma hegemonia.

subordinação ao dizer que “desde los albores de la legislación social, la piedra de toque fundamental para diagnosticar cuándo se está ante um contrato de trabajo y cuándo, por consiguiente, es aplicable el Derecho Del Trabajo.”³⁵ Contudo, o critério da subordinação não é, em essência, um critério jurídico, senão econômico.

No direito do trabalho, a maior preocupação se deu com a investigação da real natureza da subordinação jurídica, partindo, porém, do pressuposto (duvidoso) de que ela é contratual, fazendo assim uma reflexão somente formalista e classificatória dos contratos para investigar se a subordinação veiculada pelo contrato é de natureza econômica, técnica ou jurídica, ou ainda, uma conjunção desses elementos. Essa discussão fez prevalecer a corrente que defendia a subordinação pela natureza jurídica ou hierárquica, que passou a justificar a relação obrigacional e contratualista da subordinação como nota característica do contrato de trabalho, sob o fundamento de que a subordinação decorre do contrato, e é também hierárquica, pela necessidade de uma hierarquia e uma disciplina na empresa.³⁶ A subordinação é apresentada como relação de dependência necessária e pessoal do trabalhador na execução do contrato, desprezando-se, assim, que o fundamento da subordinação se dá pela noção de propriedade, pois somente o proprietário goza do poder de direção. Por outro lado, a justificação do contrato decorre da glorificação teórica do princípio da autonomia da vontade, que inspirou todas as relações entre indivíduos na ordem privada, como manifestação da liberdade civil, capaz de estipular direitos e obrigações pelo contrato. Portanto, o pano de fundo do fundamento político da subordinação se encontra no sistema

³⁵ MELGAR, Alfredo Montoya, *op. cit.*, p. 58.

³⁶ M. V. Russomano enunciou a trajetória desse debate: “Uns propõem a teoria da dependência econômica. O empregado depende economicamente do empregador para subsistir e, por isso, é subordinado[...] Outros explicam a dependência debaixo de um critério técnico. O empregado está, tecnicamente, sob as ordens do empresário [...]. O terceiro critério é chamado da dependência pessoal ou subordinação jurídica ou dependência hierárquica[...]. Essa subordinação é jurídica, uma vez que decorre de um contrato perfeito; é pessoal, por que se dirige, direta e exclusivamente, à pessoa do empregado; é hierárquica, porque seu fundamento está na necessidade de uma escala funcional de hierarquia na empresa para a execução dos serviços e a manutenção da disciplina. Há uma quarta escola que diz estar o empregado sob dependência social, isto é, sob subordinação, ao mesmo tempo, econômica e hierárquica. (RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado e o empregador no direito brasileiro*. 13. ed. Porto Alegre: LTr, 1990. v. 1, p. 23-24).

civilista da autonomia da vontade,³⁷ que se revela contraditório com o projeto de proteção e regulação do trabalho fora dos cânones do direito civil clássico, sobretudo na perspectiva do princípio da igualdade.

A autonomia da vontade no contrato de trabalho encontra aqui uma aporia, pois a autonomia pressupõe o exercício da liberdade contratual,³⁸ fundada no princípio da igualdade entre as partes. Porém, pelo critério da subordinação, no contrato de trabalho, há o reconhecimento de que as partes são desiguais, o contrato é de adesão; isso, numa subordinação livremente consentida, apesar de se reputar que a relação esteja amparada pela teoria dos contratos, como relação obrigacional.

Na jurisprudência, no entanto, o critério da subordinação permanece afirmado como critério e princípio de aplicação da legislação social. Contudo, subsiste uma inadequação entre o conceito de contrato de trabalho e a subordinação jurídica. O contrato tem como referencial um negócio jurídico, um ato de vontade, que produz efeitos. Porém, para o direito do trabalho, esse ato de vontade não pode ser subsumido na noção de subordinação, que representa apenas uma condição objetiva. Th. Aubert-Monpeyssen identificou, na jurisprudência dos tribunais do trabalho, uma verdadeira ambigüidade terminológica na utilização do termo contrato de trabalho para referir-se à existência de subordinação.³⁹ A jurisprudência dá pleno valor ora à situação contratual de conteúdo obrigacional, ora a uma relação de fato representada pela subordinação. De fato, é difícil uma explicação de natureza contratual coerente, pois o objeto do contrato é o próprio trabalhador, que, pelo ato da subordinação, fica sem poder e autonomia. O que

³⁷ No plano filosófico se deve a Kant a enunciação da autonomia da vontade, que relacionou a idéia de um sujeito livre de todas as tutelas.

³⁸ A autonomia contratual é uma acepção da tradição iluminista liberal, que dá prevalência à idéia de liberdade individual, já que o conceito de autonomia assume, historicamente, na modernidade, várias conotações, sobretudo a noção de capacidade ao lado da liberdade.

³⁹ AUBERT-MONPEYSEN, Therese, *op. cit.*, p. 98.

persiste é, na verdade, uma dualidade ou uma tensão histórica ainda não superada pelo direito do trabalho entre contrato e relação.⁴⁰

A teoria da relação surge, de fato, na doutrina alemã, na segunda metade do século XX, como uma reação ao modelo contratual civilista, com o propósito de permitir uma maior aplicação da legislação de proteção social. Por essa teoria, a subordinação jurídica não se encontra no contrato, mas na relação de fato estabelecida. Foi essa teoria que fez dissociar o direito do trabalho da teoria individualista dos contratos. Porém, em países de tradição romana como Itália, Espanha, França, Portugal e Brasil, acabou prevalecendo a explicação da subordinação jurídica como objeto do contrato. Essa incoerência interna ficou latente no direito do trabalho, conduzindo invariavelmente a um insuperável paradoxo, fonte permanente de dificuldades de localização do direito do trabalho, com as consequências teóricas e práticas daí advindas.⁴¹

O fato é que a subordinação jurídica é constituída, como foi visto, num primeiro momento, para definir o campo de aplicação do contrato de trabalho. Porém, aos poucos, o conceito de subordinação passa também a ser critério de definição de aplicação da proteção social.⁴² Definido o contrato de trabalho a partir da identificação da subordinação jurídica, esse mesmo critério, agora unitário, confere, exclusivamente aos beneficiários do contrato, o amparo das leis de

⁴⁰ Esse debate levou, num primeiro momento, ao declínio do contrato em prol da noção de relação. Porém, um dos reflexos da chamada crise do direito do trabalho tem sido identificado por um discurso, de matiz de uma política neoliberal, que pretende a recontractualização clássica na relação de trabalho. Boaventura de Souza Santos diz que “o projeto neoliberal de tornar o contrato de trabalho um contrato de direito civil como qualquer outro configura situação de facismo contratual (SANTOS, Boaventura de Souza. Os facismos sociais. *Folha de São Paulo*, 6 set. 1998. Caderno Mais, p. 1.3).

⁴¹ A definição de contrato individual de trabalho do art. 442 da CLT, ao dizer que “é o acordo tácito ou expresso correspondente à relação de emprego”, é exemplar demonstração desse impasse histórico entre a teoria contratualista e a anticontratualista. Tratando-se de um contrato de trabalho, soa contraditória a justificação da relação, pois representa a negação do contrato. Mesmo a prevalência doutrinária de que o dispositivo da legislação brasileira adota uma teoria contratualista, que não seria descaracterizada pela existência de uma relação de emprego, não equaciona o dilema de uma direito que ora se afirma como de natureza obrigacional ora como estatutário.

⁴² AUBERT-MONPEYSEN, Therese, *op. cit.*, p. 7.

proteção social.⁴³ A condição salarial, ao lado de assegurar a liberdade contratual, conferiu aos assalariados um status coletivo, com a atribuição de acesso a toda rede de proteção social, que consiste em garantias e direitos. Com isso, a tutela não se dá somente pela contratualidade, mas também pelas garantias de direitos individuais e coletivos, cristalizados pelo direito do trabalho e pela seguridade social, o que levou a um reconhecimento da manutenção de um caráter contratual e estatutário da relação de trabalho.

A ampliação da proteção, sobretudo nas sociais democracias europeias do pós-ssegunda guerra, fez com que a noção de subordinação fosse adotada também para a seguridade social. Da mesma forma, nesse período, a noção de assalariado se expande com a aplicação do direito do trabalho para outros trabalhos não considerados classicamente como assalariados.⁴⁴ A subordinação jurídica vive, nesse período, uma recepção ampla na doutrina e na jurisprudência, numa tendência de crescente alargamento na adoção do critério para a proteção social, promovendo-se, especialmente por meio da legislação, a integração de várias categorias de trabalhadores.⁴⁵

A unificação de critério foi muito útil, pois além de um imperativo humanitário do ambiente criado no pós-guerra nos países centrais, representava também um imperativo técnico e prático. A questão social também coloca a proteção social como um esforço coletivo, fazendo com o que o papel do Estado seja ampliado, alargando, significativamente, o direito à seguridade social vinculado à noção do trabalho subordinado.

⁴³ A proteção social aqui é usada em referência a toda legislação de seguridade social, especialmente o direito à Previdência Social.

⁴⁴ Para AUBERT-MONPEYSEN (op. cit, p. 41), “le droit de la Sécurité social de l’immédiat après-guerre se caractérisait par la prise en compte de critères sociaux assez larges”. Em tradução livre da autora, lê-se que: “o direito da seguridade social do imediato pós-guerra se caracteriza pela introdução de critérios sociais mais amplos”.

⁴⁵ Na sistematização do sistema previdenciário brasileiro na década de 60, a Lei adotou o critério de proteção, o mesmo utilizado para os empregados, segundo definição do art. 3º da CLT (Lei n. 3.807, de 26.08.1960).

2.4 DA NOÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA AO PODER DE DIREÇÃO

L. Barassi, em obra publicada em 1901, foi quem melhor sistematizou o critério contratual para a justificação de uma sujeição plena do empregado ao poder do empregador. Por essa sistematização, o trabalho é realizado na esfera do comitente e, imediatamente, para que este o utilize para os seus fins. Desse modo, estando o comitente em contato com o trabalhador, o dirige, vigia e orienta em direção àqueles resultados.⁴⁶ Na verdade, o esforço de L. Barassi foi no sentido de justificar o contrato de trabalho no esquema da locação em oposição a um sociologismo jurídico que pretendia fundar um direito obreiro, pelo critério da debilidade econômica e social. O mesmo L. Barassi, dezesseis anos mais tarde, reconheceu que a subordinação não se dá de modo simples, pela gestão econômica do trabalho; era necessário evoluir para uma noção de subordinação pelo critério de gestão econômica e jurídica do trabalho, pois somente assim se localizaria, de fato, o poder de governar e de direção do trabalho.⁴⁷ Esses dois momentos da obra de L. Barassi - que teve influência decisiva na noção do contrato de trabalho pelo critério da subordinação - retratam bem a moldura de dependência e de direção com que se estruturou, inicialmente, o critério da subordinação. O trabalhador coloca sua força de trabalho à disposição do empregador, que a dirige, coordena, controla e organiza.⁴⁸ Até aqui a subordinação jurídica se apresenta historicamente como dois grandes momentos:

- a) substituição do critério de remuneração pelo critério do trabalho;
- b) a noção de dependência passa a ser admitida pela jurisprudência do século XIX, que a adota como critério do contrato de trabalho.⁴⁹

⁴⁶ BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro nel Diritto positivo italiano*. Milan.: Società Editrice Libreria, 1901; RIVAS, Daniel. *La subordinacion. Critério Distintivo del contrato de trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995; PEDRAZZOLI, Marcello. *Democrazia industriale e subordinazione: poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1985.

⁴⁷ BARASSI, Ludovico, *op. cit.*, p. 621.

⁴⁸ RIVAS, Daniel, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁹ AUBERT-MONPEYSEN, Therese, *op. cit.*, p. 25.

Enfim, o contrato de trabalho tem um critério jurídico moderno e não mais sociológico de dependência; é o critério do poder de direção do contratante, como elemento inerente à locação de trabalho e que dá a medida exata do contrato. Assim, o conteúdo da subordinação jurídica aparece pelo exercício do poder de direção do empregador, em geral delimitado pela modalidade de trabalho, lugar e tempo de prestação do trabalho.⁵⁰ A posição do empregador, então, lhe permite um controle rígido do tempo-espço da produção, que mina o poder e a autonomia do trabalhador.⁵¹

A jurisprudência, para definir o empregador, quando o trabalho é prestado a um grupo econômico, optou por preservar um critério unitário do contrato, embora o empregado exerça, nestes casos, sua atividade por conta de várias pessoas.⁵² Não se pode aqui entender que há uma delegação do poder diretivo do empregador, mas uma espécie de divisão do poder de comando. Por isso, o poder de direção aparece no direito do trabalho como um critério moderno de autoridade.

A dissociação promovida no direito do trabalho entre autoridade e poder de direção coloca em evidência o problema da definição da subordinação no conflito entre empresas. Há uma tendência, na jurisprudência, em reconhecer que o poder

⁵⁰ Não se teve a preocupação de aprofundar todas as implicações do poder na relação de trabalho; apenas o localiza como uma das condições sobre a qual se estruturou a noção de subordinação jurídica. Importantes contribuições teóricas em torno do papel do poder já se fizeram no direito do trabalho (Ver FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, que fez uma aproximação entre o poder na perspectiva de Foucault e o direito do trabalho; COUTINHO, Aldacy Rachid, *Poder punitivo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999, que desnuda o caráter patrimonialista das relações de trabalho estruturado na empresa como um espaço de poder legitimado pelo direito do trabalho, que dá origem ao dever de obediência do empregado e também fundamenta o poder punitivo, o castigo).

⁵¹ Tem razão M. Pedrazzoli quando identifica um vício originário no direito do trabalho, pois a noção de subordinação é construída sobre um “desvalor”, representado pela ausência de poder e de autonomia do trabalhador, o que o impede de atender as exigências de uma democracia industrial. Diz o autor: “Il settore normativo de quo, esaustivamente identificato mediante una struttura di valutazione in cui si attribuisce potere o autonomia ad uno solo dei soggetti della relazione Che ne sta al centro è caratteriato dal ‘disvalore’ Che in via permanente affligge l’altro soggetto” (PEDRAZZOLI, *op. cit.*, p. 103). Em tradução livre do autor, lê-se que: “O setor normativo *de quo*, exaustivamente identificado por meio de uma estrutura de valores nas quais se dá o poder ou autonomia a um só dos sujeitos que está no centro desta relação, fazendo com que se caracterize por uma desvalorização que, de maneira permanente, oprime o outro sujeito”.

de direção se verifica naquela empresa que de fato exerce o controle de gestão do negócio e da mão-de-obra. Fica claro, assim, que a prática da jurisprudência promoveu uma dissociação entre poder real e autoridade.⁵³ Essa reorientação da jurisprudência para a localização do empregador caminha, de fato, na direção da idéia de poder de decisão econômica, como critério de identificação do empregador. O que interessa não é mais o poder de fato, mas a empresa-mãe, que representa o centro de decisão econômica da empresa.⁵⁴

O instituto do contrato de trabalho temporário fez, de fato, uma dissociação prática no critério de subordinação ao atribuir, ao tomador do serviço, o exercício do poder diretivo e não ao empregador contratante, ou seja, a subordinação se dá em relação àquele que utiliza a mão-de-obra e não ao seu gestor. O fundamento que prevaleceu, contudo, foi de que, nos moldes do contrato civil, estava havendo uma delegação de autoridade. Isso permitiu a ruptura plena com o fundamento da dependência econômica, para fixar o critério na relação entre autoridade e subordinação, o que implica na submissão, por meio do contrato, de uma parte às ordens da outra.⁵⁵

O critério do poder de direção também se revelou insuficiente para caracterizar as novas modalidades contratuais em emergência. Na mesma perspectiva do poder de direção, a jurisprudência francesa dos anos 60, para dar conta dos diversos modelos contratuais que preconizam grande autonomia ou mediante contratos atípicos, para os quais o critério tradicional da subordinação

⁵² No Brasil, a Súmula 129 do TST reconhece como único o vínculo estabelecido entre o trabalhador e diversas empresas do mesmo grupo econômico.

⁵³ AUBERT-MONPEYSEN, Therese, *op.cit.*, p. 188.

⁵⁴ A legislação brasileira adotou posição que privilegia o centro do poder de decisão, ao definir o grupo econômico pela existência de duas ou mais empresas que estejam sob o mesmo controle ou administração (CLT, art. 2º, §2º). Essa sistemática leva o intérprete a buscar a localização do poder de direção, a empresa-mãe, ou seja, rompe com o critério da autoridade na definição do empregador.

⁵⁵ A nova fundamentação do poder de direção, ao se dissociar do critério da autoridade, bem pode ser lida pela condição do trabalho prestado por intermédio de empresa de trabalho temporário. De fato, a empresa de trabalho temporário é a empregadora, e a empresa tomadora apenas responde em casos de inadimplência. Assim, pode-se afirmar que o empregado temporário trabalha por conta

jurídica não era operacional, passou a adotar o critério da inserção num serviço organizado. O que cabe notar é que o modelo do serviço organizado teve inspiração na noção de empresa-instituição, próxima da tese da relação de trabalho em contraposição à tese da natureza do contrato de direito privado.

Para justificar a passagem definitiva do critério de dependência para o de poder de direção, Th. Aubert-Monpeyssen propugnou, já na década de 80, uma adaptação do critério às novas relações de trabalho,

Si la subordination juridique est considérée comme le critère du contrat de travail, et si le principe de subordination est encore aujourd'hui présente comme la caractéristique de la condition salariale, cette subordination doit cependant être redéfinie dans ses aspects actuels [...].⁵⁶

O critério técnico de subordinação, caracterizado pela autoridade, foi, assim, sendo substituído, gradativamente, pelo critério do poder de direção, de controle e de comando. Deve-se acrescentar, ainda, o poder disciplinar, apesar de pouco invocado pela jurisprudência.

O poder de direção, identificado por um mínimo de controle direto, compatibiliza a subordinação jurídica com várias modalidades de trabalho independente. É o poder vinculado à noção de hierarquia e de disciplina, pois o seu verdadeiro fundamento decorre do poder empresarial, exercido como imperativo da liberdade econômica e do direito à propriedade privada, que justifica a disposição plena dos meios de produção, inclusive da sujeição do trabalhador. Paradoxalmente, esse mesmo fundamento é que permite ao trabalhador livremente dispor de sua força de trabalho.

As inadequações operacionais do critério do poder de direção para fundamentar a subordinação não tardaram. A inclusão na condição de empregados

de duas empresas, subordinado juridicamente àquela que o utiliza e submetido à autoridade da contratante direta.

⁵⁶ Em tradução livre da autora, lê-se: "Se a subordinação jurídica é considerada como um critério do contrato de trabalho, e se o princípio da subordinação é ainda presente hoje como característica da

detentores de cargos de direção (diretores de empresas), por exemplo, colocou para o conceito de subordinação um problema de difícil solução. Os dirigentes gozam o status de empregados nos diversos sistemas jurídicos, porém há muito se discutia uma espécie de confusão entre os papéis de mandatário e de subordinado. Atualmente, os altos cargos nas empresas possuem cada vez mais poderes de representação que em muito se assemelham aos do próprio empregador, pois exercem também o poder de direção da empresa. Além disso, a prestação do trabalho se dá com parcela significativa de autonomia. Apesar da inadequação estrita aos critérios da subordinação jurídica clássica, a jurisprudência, seguindo uma tendência preponderante de alargamento da noção de subordinação, acabou por incluí-los como empregados.

2.5 O MODELO BINÁRIO: TRABALHO SUBORDINADO VERSUS TRABALHO AUTÔNOMO

Toda sistematização do direito do trabalho, ao dirigir a tutela do contrato ao trabalho assalariado, por definição, exclui, de seu âmbito, o trabalho autônomo ou independente, levando à consagração do trabalho assalariado como um trabalho subordinado, para o qual a noção de subordinação jurídica é reconhecida por critérios operacionais formais em oposição ao trabalho autônomo. Por isso, é de fundamental importância compreender como se dá a construção jurídica em torno do conceito de subordinação *versus* autonomia. Como se estrutura a figura contratual, que pressupõe a autonomia da vontade, se a sua disciplina jurídica reclama uma condição de dependência? O fato é que a situação do trabalho dependente permitiu justificar a inadequação para sua regulação por autonomia contratual individual e a existência de uma regulação estatal e convencional específica para essa forma jurídica de trabalho.

A construção normativa do conceito de subordinação não somente delimita o contrato de trabalho, mas permite justificar o campo de aplicação e proteção do direito do trabalho, ou seja, mais do que definir a nova modalidade contratual, a

condição salarial, esta subordinação deve assim ser redefinida dentro de seus aspectos atuais.”(AUBERT-MONPEYSSEN, Therese, *op. cit.*, p. 243).

dependência delimita a disciplina jurídica do direito do trabalho. Porém, diante de suas pretensões de abarcar um conceito unitário e homogêneo, o critério da dependência congrega uma série de complexidades, a começar pelo desprezo das particularidades do trabalho dependente, revelando uma clara “inadequação para sua regulação pela autonomia contratual individual e a existência de uma regulação estatal e convencional específica para essa forma jurídica de trabalho.”⁵⁷ A adoção do critério de dependência impõe uma figura do trabalhador atomizado e neutro, além de desprezar, por exemplo, a sua origem de classe e o tipo de trabalho. Por outro lado, a justificação do direito do trabalho pelo critério da dependência, como seu fio condutor, como um modelo geral e universal, representa um esforço de classificação e de enquadramento do contrato de trabalho dentro da dogmática jurídica.

A noção jurídica da dependência é que permite uma espécie de legitimação, não somente do contrato de trabalho, mas do poder do empregador e, conseqüentemente, da sujeição do trabalhador, tudo demarcado dentro de um viés patrimonialista. Contudo, o conceito de dependência se universalizou como critério de estruturação do contrato de trabalho, funcionando como uma espécie de superprincípio, que não somente faz a distinção do contrato de trabalho, mas o separa das modalidades de trabalho autônomo. Com isso, todo o debate precedente, decorrente da problemática da ausência de autonomia do trabalhador, de proteção à pessoa humana, se tornou inócuo. Assim, a dependência, construída a partir de uma apreensão pelo direito do trabalho da perspectiva social e econômica, deve comportar uma distinção teórica (como condição de legitimação) e também prática (como condição operacional para o direito positivo).

Por essa razão, para o direito do trabalho, o interesse passa a localizar-se na distinção casuística e sistemática entre o trabalho autônomo e o trabalho dependente, cuja importância, embora se reconheça como categoria central do direito do trabalho, limita o seu campo de aplicação. É o trabalho dependente que

⁵⁷ “La inadecuación par a su regulación por la autonomía contractual individual e a existencia de una regulación estatal e convencional específica para esa forma jurídica de trabajo” (RODRÍGUES-

fornece à disciplina do direito do trabalho o conceito exato do contrato de trabalho, e tem como projeto a unificação do status do trabalho subordinado.⁵⁸ O esforço de sistematização tem origem na tradição jurídica romano-germânica.⁵⁹ Nos diversos países dessa tradição, a unificação do conceito de trabalho subordinado e de contrato de trabalho decorre da lei ou da jurisprudência. Na Holanda, Portugal, Itália e Espanha⁶⁰, por exemplo, há dispositivos legais que a conceituam; porém, em países como França, Bélgica e Alemanha, o conceito tem origem somente na doutrina e na jurisprudência.

O maior interesse de sistematização pela jurisprudência, no período de consolidação do direito do trabalho, se refere à distinção entre trabalho dependente e trabalho independente. Primeiro, o trabalho subordinado, identificado como trabalho dependente, além de identificar o contrato de trabalho, faz a distinção do trabalho independente ou autônomo. A subordinação jurídica é, assim, compreendida pela ausência de autonomia no exercício de uma atividade por conta de outrem. O estabelecimento de um critério coerente e racional para a fixação dessa diferenciação pautou toda uma problemática na jurisprudência.

O primeiro critério utilizado foi o da dependência econômica, como já apontado em páginas precedentes, justificando a aplicação do direito do trabalho à parte mais débil na relação contratual: o trabalhador. A origem do critério remonta à jurisprudência alemã e ao trabalho de alguns autores franceses, especialmente P.

PINERO, Miguel; FERRER, Bravo. *Contrato de trabajo y autonomia del trabajador*. Estudios en homenaje al Profesor Jose Cabrera Bazan. Madrid: Tecnos, 1999. p. 24).

⁵⁸ SUPIOT, Alain. Les nouveaux visages de la subordination, p. 132.

⁵⁹ Em países como a Inglaterra, onde prevalece o sistema do *Common law*, não há grande interesse na sistematização doutrinária da subordinação, pois, em regra, a delimitação da aplicação do direito do trabalho é prevista em Convenção Coletiva de Trabalho.

⁶⁰ A Itália define o trabalho subordinado como; “colui che si obbliga, mediante retribuzione a collaborare nell’impresa, pretando il próprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell’imprenditore”(artigo 2094 do Código Civil italiano). Em tradução livre do autor, lê-se que: “aquele que se obriga, mediante retribuição a colaborar na empresa, prestando o próprio trabalho intelectual ou manual com dependência e sob a direção do empregador”.

Cuche,⁶¹ que a desenvolveram para possibilitar a caracterização do acidente de trabalho também para o trabalhador em domicílio. Para esses trabalhadores, em que pese estarem ausentes os elementos mais evidentes da subordinação, se faz presente a dependência econômica. O critério, na verdade, tem fundamentação apenas no risco do trabalhador, pois aquele que vende a força de trabalho em troca de um salário depende exclusivamente da remuneração. Mas a imprecisão do critério da dependência econômica é que fez evoluir o conceito para uma referência estritamente jurídica, qual seja, a subordinação ao empregador, agora utilizada como critério técnico-funcional. A mudança de parâmetro na jurisprudência, como lembra A. Supiot, permitiu também a individualização do contrato de trabalho.⁶²

A transição do critério da dependência para a subordinação também representou a passagem de um critério com pretensão de justificação social, para um critério meramente formal e dedutivo. Fez-se, com isso, a transposição da dependência econômica para uma relação de poder, ao reconhecer que o trabalhador, na relação contratual, fica numa posição de sujeição àquele que o contratou, numa sustentação de que a subordinação é condição inerente ao contrato de trabalho. O fato é que a subordinação jurídica representou um mecanismo amplamente acolhido pela jurisprudência, com vistas à superação das dificuldades técnicas de fixação da dependência econômica.

O problema é que as aparentes simplicidade e objetividade do conceito de subordinação jurídica não propiciaram à jurisprudência, apenas com esse instrumental técnico, definir automaticamente a qualidade do trabalhador dependente, pois autonomia e dependência, na prestação do trabalho, sempre remetem a uma complexidade de distinção prática. Mas esse fato revela a volta ao mesmo labirinto, pois a subordinação, em que pese dita jurídica, reclama, no processo de investigação probatória e argumentativa, mormente no processo do

⁶¹ Ver COUCHE, Paul. La définition du salarié et le critère de la dépendance économique, DH, 1932, *apud* SUPIOT, Alain. Lavoro subordinato e lavoro autonomo. *Diritto delle relazioni industriali*, n. 2, 2000. p. 221.

⁶² SUPIOT, Alain, *op. cit.*, p. 221.

trabalho, uma imersão no plano fático, ou seja, remete novamente à questão social subjacente à prestação do trabalho. Em face da ausência de evidências objetivas da subordinação, a jurisprudência passou a se socorrer também dos chamados critérios ou indícios da condição de subordinação, que supostamente demonstram a existência ou não de um poder diretivo e disciplinar, investigando, em geral, condições de execução inerentes à forma de remuneração, à propriedade dos instrumentos de trabalho, ao horário de trabalho, à existência de controle e disciplina. Ora, a subordinação está longe de ser um mero critério técnico-jurídico, pois a definição do controle pela jurisprudência, sobretudo no processo de construção judicial, está sempre condicionada ao peso que se dá à valorização do controle verificado.

A técnica da subordinação jurídica, utilizada pela jurisprudência para distinção entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo, ao contrário de seu propalado propósito de objetividade e segurança jurídica, congrega uma insolúvel incoerência interna. O critério da subordinação, ao depender da valoração dos elementos constitutivos pela jurisprudência, comportará ora uma interpretação restritiva, ora uma tendência ao alargamento da noção. A implicação desse movimento pendular da jurisprudência está diretamente vinculada à questão social. Não se pode ignorar que a admissão da existência de um trabalho subordinado representa o reconhecimento do contrato de trabalho e da proteção social. Em síntese, será a valoração (como critério aberto) dos critérios jurídicos da subordinação que propiciará a filiação ou não do trabalhador no âmbito da proteção social. Apesar dessas incongruências, na doutrina e na jurisprudência houve grande assimilação do modelo binário, na compreensão de que o trabalho subordinado é o trabalho prestado sem autonomia. Essa acepção construída pelo direito do trabalho como critério distintivo do contrato de trabalho, representa um grande obstáculo a novas compreensões da noção de subordinação jurídica.

2.6 ALARGAMENTO DA NOÇÃO DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA

O conceito de subordinação jurídica no direito do trabalho, diante de sua moldura restrita de assalariado, pelo conteúdo conferido pela jurisprudência, como um critério rígido de dependência, entendida como sujeição à disciplina, às ordens e à direção do empregador (poder de direção), não deu conta de responder às diversas condições e formas de prestação pessoal de serviços. Entre o trabalho dependente (subordinado) e o trabalho independente (autônomo) surgiram inúmeras formas intermediárias, situações híbridas, para as quais o critério estreito da noção tradicional de subordinação jurídica não tinha respostas seguras. É por isso que, no século XX, o direito do trabalho convive, de um lado, com as constantes tentativas de regulação, diante das novas condições sócio-econômicas e, de outro, com um sentimento humanitário de integração.⁶³

Para responder a esse déficit de regulação, após o período do esforço de unificação do critério de subordinação à seguridade social, vive-se um segundo período, de uma tendência “integracionista”,⁶⁴ pela qual se pretendia estender os benefícios da proteção social e o status do direito do trabalho às mais diversas categorias profissionais. Esse movimento se deu, num primeiro momento, com a incorporação à condição de subordinado, por exemplo, dos altos empregados, que exercem poderes de mando e representação muito semelhantes ao do próprio empresário, gozando de parcelas significativas de autonomia. Os trabalhadores em domicílio, embora não sujeitos ao controle direto do empregador, também foram equiparados aos trabalhadores subordinados. Depois veio a incorporação de trabalhadores domésticos, sem inserção num trabalho produtivo, dos artistas, dos atletas profissionais, dos médicos e dos advogados.

A extensão da legislação laboral àqueles não enquadrados na definição clássica de subordinação se deu para possibilitar a aplicação do direito do trabalho e da proteção social, dentro do projeto de incorporação dos assalariados no mesmo

⁶³ AUBERT-MONPEYSSEN, Therese, *op. cit.*, p. 47.

⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 52.

estatuto jurídico, aliviando a tensão da regulação entre tutelados e excluídos. Th. Aubert-Monpeyssen afirmou que a noção de trabalho por conta de outrem é que permitiu a equiparação legal de algumas categorias de trabalhadores como subordinados.⁶⁵ Ou seja, ainda que diante da ausência de elementos de subordinação às ordens do empregador, a equiparação passa a ser justificada pela simples inserção numa organização produtiva. A equiparação do trabalho em domicílio foi justificada por um critério de dependência econômica do trabalhador ao seu empregador, o que, para a jurisprudência da época, era o suficiente para caracterizar um contrato de trabalho.⁶⁶

A definição da subordinação jurídica pelo critério de dependência provocou vários reflexos na relação de trabalho, tais como a delimitação de local de trabalho ou a noção de tempo de trabalho.⁶⁷ Para os trabalhadores, a nova noção de subordinação permitiu que o contrato de trabalho, não somente remetesse automaticamente à proteção social, mas se afirmasse a partir da situação de fato.

A despeito de que a função da subordinação jurídica, como motivo determinante na construção das leis sociais, perdeu força a partir da segunda metade do século XX, a sua delimitação vai, ainda, propiciar uma conformação com o princípio da não-discriminação e do respeito à vida privada.

2.7 EVOLUÇÃO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 173.

⁶⁶ A CLT, no seu artigo 6º, inclui como amparado pelo contrato de trabalho o trabalho em domicílio ao dispor que: “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego”. A relação de emprego, na jurisprudência brasileira era caracterizada desde que comprovada a continuidade, a fixação de quantidade e qualidade e a entrega de produto em prazo certo.

A síntese do contrato de trabalho, na legislação brasileira, congrega uma complexa influência de duas culturas jurídicas: a romana e a germânica. Essa é uma trajetória bastante similar à ocorrida na tradição jurídica de países de origem latina a que se fez referência (Itália, França, Espanha e Portugal), onde a invenção do contrato de trabalho se dá em meio à discussão conceitual entre a figura do contrato civil e da relação. Por essa razão, o critério da subordinação, assumido pelo contrato de trabalho no Brasil, em verdade, remonta ao debate profícuo sobre a natureza do contrato de trabalho, travado na transição do modelo romano da *locatio hominis* para a forma moderna do contrato de trabalho.

O Código de Napoleão de 1804 faz uma adaptação ao modelo de locação de serviços do direito romano, ao transformá-lo numa relação de trabalho entre sujeitos livres e iguais, localizada no direito das obrigações, sempre numa perspectiva liberal clássica. A tradição germânica, ao contrário, que além da experiência do trabalho servil, conhece o trabalho vassalo, fez a crítica ao modelo individual da tradição romana, defendendo os valores da comunidade na definição da relação de trabalho. Nessa perspectiva, a análise jurídica da relação de trabalho deveria assumir uma posição estatutária e não contratual, como frisou A. Supiot: “Cette culture juridique germaniste saisit donc la relation de travail comme une situation d’appartenance personnelle à une communauté, et place ainsi cette relation dans l’orbite du statu de personne.”⁶⁸ A tradição do pensamento germânico na relação de trabalho pensa, em oposição à cultura romana, uma relação que dá ênfase às pessoas, enquanto no modelo romano predominou uma relação entre coisas e pessoas.

Esse debate se reproduziu não somente no pensamento jurídico, mas traduziu-se nos diversos códigos civis, sempre fazendo uma mediação entre o contrato e a relação de trabalho. O Código Civil italiano de 1942, por exemplo, regula o contrato de trabalho na disciplina do direito das obrigações, pois ao

⁶⁷ Foi a noção de subordinação jurídica que permitiu a caracterização de acidentes de trabalho na teoria do risco profissional.

⁶⁸ Em tradução livre do autor, lê-se que: “Esta cultura jurídica germanista toma a relação de trabalho como uma situação de pertencimento pessoal a uma comunidade, e o lugar assim desta relação se situa na órbita do status pessoal”. (SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. Paris: PUF, 1994. p. 18).

disciplinar o contrato de trabalho, dispôs, em seu artigo 2.094, que: “chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore”.⁶⁹ Porém, a regulamentação do trabalho na Itália, hoje, conduz a um complexo de modalidades contratuais e pessoais, distinta da relação de troca, situações essas localizadas dentro do direito das pessoas.

Direito das coisas e direito das pessoas é o que medeia toda construção do contrato de trabalho na maior parte do século XX, com as recepções que se deram nos códigos, estatutos e consolidações do trabalho. Por isso, a compreensão da natureza do contrato de trabalho, bem como do critério da subordinação tem raízes, como disse A. Supiot, “en dialogue avec deux cultures romaniste et germaniste, dont elle a su opérer une synthèse originale”.⁷⁰

O Código Civil brasileiro de 1916 disciplinava, nos artigos 1.779 a 1.881, a locação de serviços como uma das espécies de locação, ao lado da locação de coisas e da empreitada. A pretensão do código era regular amplamente todas as atividades nas formas de locação de serviços, desde o trabalho operário, o trabalhador autônomo, profissionais liberais e artistas. Nesse sentido, o Código brasileiro de 1916 se alinhou à tradição romana, pois mantém e regula as figuras da locação de serviços (*locatio conductio operarum*) e da empreitada (*locatio conductio operis*). Esse modelo sofreu duras críticas por ter mantido o anacronismo individualista romanista, conferindo ao trabalho operário, no Brasil, uma espécie de servidão feudal.⁷¹ As críticas ao conceito feitas por juristas pátrios, no sentido de que

⁶⁹ Em tradução livre do texto, lê-se: “O trabalhador subordinado é aquele que se obriga, mediante uma remuneração, a colaborar com a empresa fornecendo trabalho intelectual ou manual ou serviço, sob a direção de empregador”.

⁷⁰ Em tradução livre do autor, lê-se: “no diálogo entre duas culturas, romanista e germânica, onde opera uma síntese original” (SUPIOT, Alain. *Critique du droit...*, *op. cit.*, p. 20).

⁷¹ Evaristo de Moraes manifestou que: “A locação de serviços continua a lembrar aquele dito de um romanista e poeta francês que comparou à servidão feudal o trabalho do operário moderno, agravada a situação d’agora com o escárnio do industrialismo pomposo e impudente, que suga a vida, a liberdade e a honra, e, muitas vezes, dispensa ao operário tratamento inferior ao dos cachorros de boa raça...” (MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1986. p. 28). O Código Civil de 2002, introduzido pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, no que tange à prestação de serviços, mantém a estrutura da legislação anterior, conforme artigos 593 a 625.

não houve uma clara definição pela natureza contratual ou institucional, ignoram que essa postura representa uma confluência histórica que perpassa a relação de trabalho entre a natureza contratual e estatutária.⁷² No caso brasileiro, a doutrina e a legislação construídas a partir da década de 40 são fartas em exemplos dessa confluência. Apesar da natureza contratual que prevaleceu entre os autores, é indiscutível que obrigações pessoais de cooperação, dever de obediência e de fidelidade, por exemplo, não guardam nenhuma relação obrigacional de troca, senão de relações estritamente pessoais, de matiz pré-moderna.

Mas o ponto culminante da sistematização do contrato de trabalho, no Brasil, se deu com a edição da CLT, em 1943, em que aparece uma definição pela natureza contratual do “contrato individual de trabalho”, com elementos de natureza pessoal e institucional, com marcada influência do corporativismo italiano. A CLT é que disciplina, de forma sistemática, o contrato de trabalho no Brasil, ao dispor que: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expreso correspondente à relação de emprego” (artigo 442).

A leitura, a partir da discussão sobre a natureza contratual ou não da prestação de trabalho subordinado, seguindo uma tradição histórica normativista e positivista do direito, fez com que a doutrina nacional desse pouca importância

⁷² Em comentário ao art. 442 da CLT, Délio Maranhão afirma que: “Na verdade girando em um círculo vicioso, ela nada esclarece a respeito daquilo que pretende explicar.[...] O contrato de trabalho seria aquele ‘correspondente à relação de emprego’”. O que vem a ser, porém, essa relação? Na conformidade do artigo citado, é a que ‘corresponde’ ao contrato de trabalho. Evidentemente, desta maneira, não se define nem uma nem outra coisa”. (SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 1991. p. 230-231). A mesma crítica é formulada por Orlando Gomes e Elson Gottschalk: “O conceito formulado neste artigo é tecnicamente insustentável. Dizer que contrato corresponde à relação jurídica que o informa importa em redundância.[...] Com efeito, se a existência da relação de emprego implica, *ipso facto*, na presença do contrato de trabalho, toda relação dessa natureza é, inevitavelmente contratual, uma não podendo subsistir sem o outro. (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 119). Essa polêmica advém da opção feita pela Comissão que redigiu o projeto da CLT, cuja celeuma foi enunciada na exposição de motivos da própria CLT: “42. A clara e total definição que do contrato individual de trabalho foi dada pelo anteprojeto da Consolidação, provocou algumas divergências de mero gosto polêmico. 43. A emenda apresentada não pôde ser aceita. Revelava, primeiramente, incompreensão do espírito institucional tantas vezes salientado nesses empreendimentos. Repetia ainda um conceito prévio e básico já formulado, qual seja, o de empregado. 44. O que os objetantes não alcançaram foi o deliberado propósito de se reconhecer a correspondência e equivalência entre a ‘relação de emprego’ e o ‘contrato individual do trabalho’ para efeitos da legislação social, correspondência essa que a escola contratualista italiana nega, exigindo a expressa pactuação”.

conceitual ao critério da subordinação jurídica. Essa lacuna da subordinação jurídica se deve, em grande parte, ao silêncio da legislação e da doutrina trabalhista sobre a posição do trabalhador como sujeito de direito e à recusa em reconhecer, dentro do contrato, a sujeição do trabalhador e alguns direitos da personalidade. Com isso, a subordinação jurídica é assimilada de forma acrítica como uma condição necessária para a definição do contrato de trabalho, como critério lógico-dedutivo para o reconhecimento da relação de emprego. Apesar do reconhecimento da autonomia do direito do trabalho em relação ao direito civil, a doutrina manteve a definição da relação de trabalho como de natureza contratual, tendo como prestação o trabalho e como contraprestação o salário. O maior interesse pela subordinação, por muitos anos, foi o simples registro da superação do critério da dependência econômica em prol da subordinação jurídica.⁷³ Por esta razão, para definir a subordinação jurídica, os autores brasileiros de direito do trabalho dão preferência aos critérios formalistas.

Sem dúvida, o maior esforço da doutrina e da jurisprudência brasileiras dos últimos 50 anos foi o de justificar uma diferenciação entre a natureza jurídica da “dependência”, como vínculo de natureza pessoal, e a subordinação jurídica como traço de ato de vontade, localizada no âmbito jurídico do contrato. A despeito de afirmada como jurídica a noção de subordinação, os critérios distintivos de sua existência permanecem localizados na pessoalidade, na sujeição às ordens, à disciplina e à hierarquia. Prosseguem, com isso, paradoxalmente, sendo legitimados os traços inerentes à indesejável dependência pessoal do trabalhador em relação ao seu empregador. A superação do critério da justificação da dependência pessoal, portanto, é retórica. A referência ao caráter “jurídico” se dá como fundamento de uma relação obrigacional; porém, ainda não é possível definir a subordinação

⁷³ Os comentários da doutrina brasileira se dirigiram à demarcação da subordinação como critério objetivo, como vínculo pessoal, conferindo menor importância ao critério intersubjetivo inerente à relação de emprego. Um dos poucos trabalhos monográficos foi escrito por Arion Sayão ROMITA intitulado “A subordinação no contrato de trabalho”, onde é traçada a trajetória histórica do contrato de trabalho. Os demais autores dedicam pequena reflexão sobre a confrontação entre os critérios objetivos e subjetivos. Délio MARANHÃO (*op. cit.*, p. 234-237), por exemplo, dedica apenas quatro páginas dos dois volumes de “Instituições de Direito do Trabalho”, apenas para distinguir a dependência da subordinação e classificar direitos e obrigações a ela inerente. Também reforçaram o critério subjetivo da subordinação autores como Evaristo de MORAIS FILHO (*Introdução ao direito do trabalho*), Orlando GOMES e Elson GOTTSCHALK (*Curso de direito do trabalho*) e Octávio Bueno MAGANO (*Manual de direito do trabalho*).

jurídica na estrutura obrigacional dos contratos. Ficamos, assim, num axioma tautológico: é jurídico porque é jurídico.

Num segundo momento, a doutrina do direito do trabalho apresentou nova justificativa para a adoção da subordinação na estrutura contratual. Considerando-se que o contrato de trabalho se situaria no direito das obrigações, a subordinação consistiria numa prestação de dar, fazer ou não-fazer. Por esse raciocínio, a prestação a que se vincula o empregado pelo contrato de trabalho é executar sua função dentro da organização produtiva. A disposição do trabalhador se daria pela integração à produção, onde a subordinação não é de caráter pessoal, mas de natureza técnica e funcional. Esse debate em torno do fundamento da subordinação resultou na formação de duas correntes doutrinárias: uma defendia o critério subjetivo e a outra, o critério objetivo. O critério subjetivo advoga que a subordinação se estrutura pela sujeição do empregado ao poder de direção, fiscalização e ao dever de obediência. Esse critério sofreu pesadas críticas daqueles que defendiam um critério objetivo, justificado, por exemplo, pela idéia de uma subordinação vinculada à atividade e não à pessoa do trabalhador. Assim, a subordinação se situaria na atividade do prestador e não na pessoa do trabalhador.

No Brasil, por influência de autores franceses, passou-se, na década de 70, a se justificar a subordinação pela atividade, num esforço de desvincular a subordinação da noção de dependência pessoal. Para A. S. Romita, “A subordinação gravita em torno da atividade. Exercita-se, porém, sobre comportamentos de recíproca expressão, que se definem pela integração da atividade do empregado na organização empresarial.” Reconhece que há envolvimento pessoal na relação; porém, assinala que “o vínculo de subordinação é de ordem objetiva, pois visa à atividade do empregado”.⁷⁴ No mesmo sentido, P. E. Ribeiro Vilhena afirma: “A subordinação, elementarmente, parte da atividade e se concentra na atividade”.⁷⁵ Sem abandonar plenamente o caráter pessoal da subordinação, porque inerente ao trabalho do empregado, preferiu-se então o

⁷⁴ ROMITA, Sayão Arion, *op. cit.*, p. 81.

⁷⁵ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 228.

critério da subordinação à atividade, como disse A. S. Romita: “A relação de trabalho, caracterizada pela subordinação, é uma relação intersubjetiva (por isso não isenta de conotações pessoais), mas o vínculo de subordinação é de ordem objetiva, pois visa à atividade do empregado⁷⁶. Isso levou P. E. Ribeiro Vilhena a conceituar subordinação como “a participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor de trabalho”.⁷⁷

Há aqui apenas uma recusa ao reconhecimento da sujeição pessoal, sob o argumento de que é possível separar o trabalhador da atividade. Essa discussão, na verdade, está implícita no critério da subordinação jurídica que, para evitar qualquer relação de subordinação técnica ou econômica, optou pelo critério jurídico-formal, na linha de uma proposta de superação dos vínculos da sociedade da tradição. Tanto é verdade, que essa mesma doutrina reafirma a natureza contratual da relação de trabalho, com todas as características de um contrato de direito privado, consensual, sinalagmático, comutativo, de trato sucessivo, de adesão e oneroso.

Apesar dessa fundamentação, a idéia de subordinação para definição do contrato de trabalho, que justifica toda construção teórica contratualista, traz implícita a noção de subordinação pessoal, já que remete sempre ao dever de obediência hierárquica, além dos deveres de fidelidade, lealdade e cooperação para com o empregador. Ora, não se trata de relação obrigacional que possa ser atribuída ao direito das obrigações, mas de uma relação estatutária. Admitida a subordinação como uma relação pessoal, dever-se-ia proceder ao enquadramento do direito do trabalho no direito das pessoas. Mas é a ambivalência da construção da noção entre a natureza estatutária e contratual e a sua justificação como subordinação pessoal, que fazem o movimento de tensão permanente entre duas concepções aparentemente inconciliáveis e excludentes. A admissão da subordinação jurídica, como dimensão do contrato, dá a idéia da velha noção de

⁷⁶ ROMITA, Sayão Arion, *loc. cit.*

⁷⁷ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro, *op. cit.*, p. 232.

locação de coisas, cujo objeto de troca é a força de trabalho, onde o trabalho é uma mercadoria como outra qualquer.

Independente dessas irreconciliações históricas, o contrato de trabalho se apresenta como o direito dos contratos; porém, é determinado a partir de certas características que definem uma pretensão formal e jurídica de tutela da pessoa do trabalhador, o que não poderia ser entendido como um contrato qualquer. Entretanto, a tradição do direito civil, que teve repercussões no direito do trabalho, tem um viés patrimonialista e individualista. As implicações profundas de natureza pessoal indicam que “le contrat de travail est intégré dans des relations juridiques complexes”.⁷⁸

A exemplo dos diversos países de tradição romana, o Brasil estruturou o campo de aplicação do trabalho aos trabalhadores assalariados, definindo o contrato e a qualidade de empregado pela noção de subordinação. A definição de contrato de trabalho e a qualidade de empregado se deram dentro da noção de um trabalho pessoal, remunerado e subordinado. A subordinação, aqui, é pensada como o critério tradicional que pressupõe um trabalho sujeito às ordens de um empregador, detentor de autoridade, a quem tem o trabalhador o dever de obediência. Por isso, é inegável que a noção de contrato de trabalho, no Brasil, assume um viés patrimonialista do século XIX, pois é relacionada e qualificada, juridicamente, por meio da relação entre pessoas e coisas.

Fiel a esses pressupostos formalistas do contrato, no Brasil, a jurisprudência, formada após a edição da CLT, opta por reconhecer, na subordinação jurídica, o mais importante pressuposto para a formação do contrato de trabalho. Esse pressuposto é tido como um critério subjetivo da prestação do trabalho, vinculado à verificação da disposição do trabalhador em obedecer a ordens e determinações do empregador. Implícita nessa configuração está uma vinculação pela atividade, onde os fatores de tempo e de disposição a atividades não prescritas previamente, resultantes de uma obrigação de meio e não de resultado, formam a moldura do

contrato de trabalho. Também tivemos grande influência das tendências de alargamento do âmbito da proteção social pelo contrato de trabalho, a exemplo do reconhecimento da relação de emprego no trabalho em domicílio, independente da subordinação direta e de algumas atividades de prestação de serviços. Nos anos 60, por influência da jurisprudência francesa e da tendência de alargamento da noção de subordinação jurídica, a jurisprudência brasileira acolheu, em decisões isoladas, a tese do critério da inserção do trabalhador num serviço organizado, como pressuposto suficiente para a fixação da subordinação e, conseqüentemente, da relação de emprego.⁷⁹

A disciplina do direito do trabalho, tal como se universalizou até meados da década de 60 do século XX, assume uma conformação clara e precisa das figuras da empresa como centro produtivo e das relações de produção e, na outra ponta, do trabalhador, cuja autonomia é limitada na forma de subordinação contínua. Empregador e empregado, identificados como sujeitos da relação de emprego, oferecem, assim, o modelo do contrato de trabalho dependente. Essa relação jurídica pressupõe a prestação de serviço em favor de uma organização produtiva, que tem, como âmbito delimitado da atividade a empresa, que faz a autogestão da prestação de serviços e da própria vida do trabalhador.

As profundas mutações econômicas, sociais, tecnológicas e culturais, operadas nas últimas duas décadas, nos obrigam a refletir sobre o papel desse direito do trabalho clássico, do contrato de trabalho e, sobretudo, da justificação e da operacionalidade da noção de subordinação jurídica. Mais do que uma reflexão, ela deve ser crítica, na perspectiva de construir alternativas, métodos e instrumentos jurídicos democráticos capazes de propiciarem a proteção social. A noção de subordinação jurídica, longe de uma definição ontológica, é um conceito

⁷⁸ Em tradução livre do autor, lê-se que “o contrato de trabalho integra uma relação jurídica complexa” (COUTURIER, Gérard. *Droit du travail*. 3. ed. Paris: PUF, 1996. v. 1, p. 99).

⁷⁹ “A prestação de serviços, com a integração da atividade do trabalhador na atividade da empresa ou do órgão estatal, cria o suporte mínimo bastante à caracterização da relação de emprego, na forma do artigos 2º e 3º da CLT (TRT 3ª Reg. Ac. 1.343/69).” “O trabalhador que, continuamente, presta serviços a um estabelecimento, ainda que não expressamente contratado, é, seu empregado para todos os efeitos legais (TRT 3ª Reg. Ac. 520/69).”

estritamente histórico; portanto, deve assim ser lido e compreendido, evitando os equívocos e as tentações de simplificação recorrentes dentro da perspectiva de um positivismo jurídico. É preciso, entretanto, localizar a funcionalidade da subordinação jurídica no modo de produção capitalista. Esse segundo momento da noção de subordinação é mediado pelo diagnóstico da crise da regulação do trabalho, que será abordado no próximo capítulo.

3 A FRAGMENTAÇÃO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA

Quando trabalhamos, devemos trabalhar. Quando nos divertimos, devemos nos divertir. De nada serve procurar misturar as duas coisas. O único objetivo deve ser aquele de executar o trabalho e ser pago por tê-lo executado. Quanto o trabalho termina, então pode vir a diversão, não antes. (Henry FORD)

3.1 A RUPTURA DOS PILARES DE SUSTENTAÇÃO

O diagnóstico da crise da noção clássica de subordinação jurídica decorre da problemática moderna, em que se construiu, na doutrina e na jurisprudência, a subordinação na perspectiva de uma centralidade teórica, como sistema de regulação e de tutela do trabalho, assim como de suas formas de organização coletiva. Falar de uma “crise” da subordinação jurídica é, primordialmente, atribuir a esse sistema tensões e rupturas regulatórias, crescentes dentro da modernidade capitalista. Essas tensões estão localizadas e relacionadas com a forma de trabalho por conta de outrem, como atividade pessoal de prestação de trabalho típico (subordinado), de uma organização produtiva (a empresa e a organização do trabalho), bem como da relação salarial construída a partir desses ingredientes.

A problemática da crise da noção de subordinação na regulação do trabalho não decorre da redução ou marginalização do trabalho subordinado como forma de emprego, conforme diz J. Boissonnat, “não é o trabalho que falta. O que nos falta é clarividência para compreender que o trabalho está mudando radicalmente e que não temos imaginação bastante para organizá-lo de outra forma”.⁸⁰ Essa grande transformação tem se dado no trabalho dependente, para o qual há “[...] una difficoltà crescente dello schema tecnico del lavoro dipendente e servizio altrui ad assorbire nuove e più articolate, per modalità spaziali o temporali, attività

lavorative personali.”⁸¹ É verdade que as dificuldades são muito mais de compreensão de uma nova racionalidade operante.

Há uma nova racionalidade organizativa da empresa, em curso, promovida pela razão técnica (instrumental), que prega a cultura da empresa, valoriza o trabalho atípico e independente, cuja dinâmica tem como reflexo o surgimento de um novo modo de trabalho e de novos sujeitos, transformando as funções históricas do trabalho na modernidade, ou seja, a produção, a remuneração e a realização pessoal. A nova autonomia evidenciada pelos modelos de gestão do trabalho é que coloca em xeque a centralidade do trabalho subordinado, indicando, como impacto, uma crise ou a superação da noção clássica de subordinação jurídica.⁸²

A hipótese é de que o maior impacto na noção de subordinação jurídica repousa nas mudanças da organização do trabalho e da produção, da implosão do modelo taylorista-fordista, que representa a concepção histórica e técnica que propiciou a edificação de uma regulação estatal do trabalho subordinado, assentado, sobretudo, na idéia de hierarquia e de poder privado. Indiscutivelmente, é a grande empresa, a produção em massa, a organização hierarquizada taylorista-fordista, que fizeram a separação entre concepção e execução, que justificaram um direito do

⁸⁰ BOISSONNAT, Jean. 2015: *Horizontes do trabalho e do emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p. 11.

⁸¹ Em tradução livre do autor, lê-se que há: “uma crescente dificuldade do esquema técnico do trabalho dependente a serviço de outrem de assimilar o novo e articular as modalidades espacial e temporal de atividades pessoais de trabalho.” GRANDI, Mario. *Il problema della subordinazione tra attualità e storia*. In: _____. *Lê trasformazioni del lavoro*. Milano: Fondazione Giulio Pastore/Franco Angeli, 1999. p. 11

⁸² Diversos têm sido os diagnósticos para compreender essa fragmentação, que vão desde leituras sociológicas, econômicas e até culturais. Numa visão externa ao fenômeno jurídico, são destacadas as influências da Teoria do Agir Comunicativo de J. Habermas, que compreende que houve uma dissociação operada por um deslocamento da centralidade do trabalho para a esfera da comunicação. N. Luhmann, com o desenvolvimento da teoria sistêmica, a compreende como evidência de uma sociedade “autopoietica”. C. Offe também comunga da idéia de que o trabalho perdeu referencialidade e status de legitimação, perdendo a sua centralidade. Numa perspectiva jurídica, a dissociação tem como causa imediata, num primeiro plano, motivações decorrentes das exigências econômicas de uma maior racionalização, que tenciona a regulação do trabalho. Um modo racionalizado e calculista, a prevalência da técnica, sem qualquer limite. P. Barcellona identifica a crise do direito e da modernidade como consequência da contradição entre técnica e vida que também é reflexo da oposição entre direito e justiça. Nada mais necessita de justificação, pois tudo se move segundo cálculos racionais e automáticos. (BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 31).

trabalho assentado no contrato de trabalho subordinado, cuja principal característica é o alto grau de controle e sujeição dentro da organização produtiva. O trabalho assalariado vinculado à grande empresa (a organização do trabalho hierarquizada) é o símbolo do taylorismo e do fordismo (enquanto produção material) e também da relação contratual regulada pelo direito do trabalho.

Essa relação salarial de tipo fordista, edificada e consolidada após a Segunda Grande Guerra, começou a se fragmentar em meados da década de 70 do século XX, pois os seus fundamentos não mais se apresentam de forma hegemônica nos países centrais. As causas, segundo leituras mais abalizadas, estariam associadas às mutações econômicas, sociais e culturais.⁸³ Por essas razões, tornou-se imperioso compreender a grande transformação do trabalho dependente, a partir das inovações introduzidas na organização produtiva, que justificam, em grande parte, o processo de desregulamentação do mercado de trabalho, correlacionada com o modelo de regulação legal do trabalho. Os pilares sobre os quais se construiu a subordinação jurídica foram uma organização de trabalho hierarquizada e, na execução do trabalho, um controle rígido do tempo. Assim, o critério da subordinação representa a mistura desses ingredientes, que também se fundam

⁸³ O processo de transição do industrialismo, bem como seu impacto na organização do trabalho tem vários diagnósticos. Uma boa síntese das diversas abordagens foi feita por M. Castells: “A reestruturação econômica dos anos 80 induziu várias estratégias reorganizacionais nas empresas comerciais. Alguns analistas, particularmente Piore e Sabel, dizem que a crise econômica da década de 70 resultou da exaustão do sistema de produção em massa, constituindo uma “segunda divisão industrial” na história do capitalismo. Para outros, como Harison e Storper, a difusão de novas formas organizacionais, algumas já praticadas em alguns países ou empresas durante muitos anos, foi a resposta à crise de lucratividade do processo de acumulação de capital. Outros, a exemplo de Coriat, sugerem uma evolução de longo prazo de ‘fordismo’ ao ‘pós-fordismo’, como expressão de uma ‘grandiosa transição’, a transformação histórica das relações entre, de um lado, produção e produtividade e, de outro, consumo e concorrência. Mas, apesar da diversidade de abordagens, há coincidência em quatro pontos fundamentais da análise: a) Quaisquer que sejam as causas e origens da transformação organizacional, houve de meados dos anos 70 em diante, uma divisão importante (industrial ou outra) na organização da produção e dos mercados na economia global. b) As transformações organizacionais interagiram com a difusão da tecnologia da informação, mas em geral eram independentes e precederam essa difusão nas empresas comerciais. c) O objetivo principal das transformações organizacionais em várias formas era lidar com a incerteza causada pelo ritmo das mudanças no ambiente econômico, institucional e tecnológico da empresa, aumentando a flexibilidade em produção, gerenciamento e marketing. d) Muitas transformações organizacionais visavam redefinir os processos de trabalho e as práticas de emprego, introduzindo o modelo de ‘produção enxuta’ com o objetivo de economizar mão-de-obra mediante a automação de trabalhos, eliminação de tarefas e supressão de camadas administrativas” (CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1, p. 174-175).

numa relação salarial taylorista-fordista.⁸⁴ Essas duas pilastras de sustentação desse edifício se romperam, fragmentando a moldura unitária de inclusão e de proteção regulada pela disciplina do direito do trabalho. Por outro lado, o Estado Social (especialmente o modelo de intervenção que ficou conhecido como Estado de Bem-Estar Social) é que forneceu as condições materiais para o pleno desenvolvimento desse modelo de relação salarial, que teve evidentemente aspectos e características diversas nos vários países, mas agora parece ter chegado a seu limite. Trata-se do esgotamento do modelo que desempenhou o papel de introduzir novos direitos (saúde, educação, etc) e, por outro lado, conferia um status ao emprego, com acesso à seguridade social.

O direito do trabalho, embora tenha nascido no século XIX para salvaguardar as liberdades individuais e depois coletivas do assalariado, teve o seu pleno desenvolvimento no século XX, como um processo de conformação à organização do trabalho taylorista. Toda regulação relativa à duração do trabalho (jornada e repouso) se universalizou na relação contratual que se harmoniza com a organização produtiva taylorista.⁸⁵ É verdade que, na experiência européia, o desenvolvimento do direito do trabalho foi embalado pelo “compromisso fordista” do pós-guerra, que levou os sindicatos a abrirem mão da luta revolucionária e a aderirem aos imperativos de uma produção em massa planificada, em troca de ganhos salariais crescentes. O que precisa ser ressaltado é que esse cenário sócio-econômico adaptado à grande empresa promoveu o direito social.⁸⁶

Portanto, o desenvolvimento do direito do trabalho é tributário da organização do trabalho taylorista-fordista. A quase hegemonia desses modelos, na maior parte

⁸⁴ Ressalve-se que esta afirmação não indica que se pretende fazer uma redução funcionalista do direito do trabalho ao fordismo, pois reconhece-se a importância de sua construção histórica e social, resultado em grande parte da luta operária; porém, o fordismo é que propiciou a valorização do contrato de trabalho típico. Por isso, a aproximação do fordismo ao contrato de trabalho é aqui utilizada como hipótese para a compreensão da crise da noção de subordinação jurídica, a qual, embora criada como um formalismo jurídico operacional, teve plena adaptação e desenvolvimento pelo modo de regulação fordista.

⁸⁵ BOISSONNAT, Jean, *op. cit.*, p. 50.

⁸⁶ OLSZAK, Norbert. *Histoire du droit du travail*. PARIS: Puf, 1999. p 122.

do século XX, deu origem ao contrato de trabalho padrão, bem como teceu toda a sua noção e moldura apoiada na idéia de poder privado do empregador, que o exerce pelo controle e pela disciplina no ambiente de produção material, tudo legitimado pela estruturação do direito do trabalho. Mas a possibilidade do exercício desse poder hierárquico e rígido, em muito é justificada a partir da vulgarização e legitimação fundada na grande subordinação. Esses referenciais perderam reflexividade diante da realidade de uma verdadeira viragem no modo de produção, conduzindo a uma completa flexibilização das formas de trabalho e dos processos produtivos, cujos desdobramentos, na fixação do critério da subordinação jurídica, necessitam ser explicitados.

3.2 A FRAGMENTAÇÃO DA RELAÇÃO SALARIAL FORDISTA

A regulação da legislação trabalhista, via contrato de trabalho padrão, foi dirigida a um trabalho por conta de outrem, subordinado e efetuado por trabalhadores manuais em atividades industriais bastante diversificadas, representadas por empresas com grande contingente de empregados inseridos na organização da produção. Essa descrição é a imagem perfeita do modelo taylorista de organização científica do trabalho, que forja um modelo de empresa e também um modelo de trabalhador.

O modelo taylorista de organização do trabalho, ao fazer a separação rígida entre concepção e execução, controlar o tempo na execução das tarefas com o objetivo de eliminar os tempos mortos, conceber uma estrutura hierárquica e, por fim, dividir os trabalhadores por setores, em cargos, funções e tarefas previamente catalogadas, permitiu a formatação de um modelo jurídico estrito na regulação do trabalho pelo contrato. A execução desse esquema, que implicou uma sujeição plena do trabalhador às ordens, comandos e à disciplina da fábrica, oferece as

peças necessárias ao desenvolvimento da noção de subordinação, assimilada depois pelo direito do trabalho como de natureza jurídica. A hierarquia, a prescrição do trabalho e o seu controle, dão a exata medida do que o direito do trabalho incorporou como condição de um trabalho dependente ou sem autonomia. Então, o controle sobre o objeto do trabalho é que marca o esquema taylorista. A partir disso, todo direito do trabalho procedimental tratou de esquematizar obrigações em torno do controle, com grande destaque para a regulação da jornada de trabalho e períodos de descanso (intervalos, férias, interrupções, suspensões).

A grande empresa taylorizada é que possibilitou o surgimento da relação salarial moderna, pois a industrialização apenas propiciou a formação do operário assalariado. Compreende-se uma relação salarial moderna como “um modo de remuneração da força de trabalho, o salário - que comanda amplamente o modo de consumo e o modo de vida dos operários e de sua família -, uma forma da disciplina do trabalho, que regulamenta o ritmo de trabalho, isto é, o contrato de trabalho e as disposições que o cercam”.⁸⁷ Por relação salarial moderna, se está também referindo, aqui, à relação fordista, cujas características, definidas pela leitura da escola da regulação,⁸⁸ se apresentam com algumas condições, entre elas a distinção entre uma população ativa - no mercado de trabalho - e inativa; racionalização e gestão do tempo no processo de trabalho; o acesso dos trabalhadores ao consumo; acesso dos trabalhadores aos serviços públicos e, finalmente, um contrato individual do trabalho com uma disciplina própria: o direito do trabalho.⁸⁹

No que diz respeito à contratação do trabalho, o fordismo tem, como uma de suas condições, a definição do amparo do direito do trabalho, que assume uma

⁸⁷ CASTEL, Robert, *op. cit.*, p. 419.

⁸⁸ As teses de M. Aglieta, R. Boyer e A. Lipietz são de que o capitalismo, como regime de acumulação, vive apenas um novo e sucessivo modo de desenvolvimento. A cada regime específico de acumulação e regido por um modo próprio de regulamentação. É tudo um esforço para extração de mais-valia e maior disposição da cooperação da força da classe, entre capital e trabalho. Assim, com o taylorismo e o fordismo propiciou um novo regime de acumulação e respectivamente de um modo de regulamentação (KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 67-68).

dimensão coletiva, pois sofre a proteção de um verdadeiro estatuto, afastando-se definitivamente do clássico contrato civil moldado na autonomia da vontade e na valorização da liberdade contratual. Direitos individuais e coletivos são reconhecidos aos trabalhadores assalariados em decorrência de uma relação contratual. No Brasil, talvez o momento de afirmação dos direitos sociais, na perspectiva estatutária, tenha ocorrido com a edição da CLT, em 1943, pois foi o momento culminante de afirmação de um coletivo assalariado com proteção social, direitos individuais e coletivos, apartando-se, pelos seus particularismos, do direito privado clássico.⁹⁰

É preciso registrar que a relação salarial fordista se constitui também como processo contraditório, pois o trabalhador fica numa posição de dependência e subordinação do assalariado a um processo racionalizado e alienado. A inclusão de todo assalariado na relação de subordinação começa a sofrer fraturas já no início da década de 70, face à complexidade verificada no interior da classe operária, constituída por empregados da indústria, comércio, funcionários públicos, engenheiros, médicos, advogados, entre outros, cujas distinções irão desencadear um processo de segmentação do mercado de trabalho. Além disso, surge um assalariado burguês, ou o “aburguesamento da classe operária”, movido pelo desejo de consumo, que “leva a classe operária a dissolver-se progressivamente no mosaico das classes médias”.⁹¹ Como um dos impactos das mudanças econômicas verificadas a partir da década de 80, o mercado de trabalho sofre definitivamente o processo de fragmentação crescente, criando uma dualidade de condições de trabalho, remuneração e garantia de emprego. Isso promoveu a efetiva segmentação do mercado de trabalho, produzindo-se, de um lado, um pequeno núcleo de trabalhadores estáveis, com boa remuneração, benefícios sociais e condições dignas de trabalho e, de outro lado, o trabalho precário, sem estabilidade e com níveis baixos de remuneração.

⁸⁹ CASTEL, Robert, *op. cit.*, p. 420-435.

⁹⁰ É verdade que o processo de desenvolvimento capitalista, de padrão fordista, não tenha se dado no Brasil nas mesmas condições dos países centrais, onde a relação salarial fordista se universalizou. (Ver MATTOSO, Jorge. *A desordem do trabalho*. São Paulo: Scritta, 1995).

⁹¹ CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão...*, *op. cit.*, p.460.

A fragmentação da relação salarial fordista, em cujas bases estruturou-se o contrato de trabalho com caráter de dependência e subordinação, se acha esvaziada, subsistindo, atualmente, apenas uma condição de emprego, fazendo com que a dimensão jurídica do contrato de trabalho perdesse força, já que o desenvolvimento e a consolidação do direito do trabalho, como pressupostos do desenvolvimento econômico, se fragmentaram, pondo fim à promessa universalista de proteção social do Estado pelo trabalho assalariado. Como manifestação clara desse processo, o contrato de trabalho de prazo indeterminado perde hegemonia, dando lugar a modalidades diversas de contratos atípicos, além da (re)valorização de formas de trabalho “autônomas”, fora do eixo da relação salarial e, por sua vez, do contrato de trabalho. Não se está decretando o fim da relação salarial,⁹² longe disso, mesmo porque esse processo comporta outras compreensões; apenas deve-se apontar como as garantias e direitos, promovidos pela estruturação salarial fordista, deixaram de ser um projeto estruturante. O contrato de trabalho não mais confere ao trabalhador a condição de acesso a direitos, mas passa a reinventar o contrato de matiz individualista do século XVIII, cujo fundamento é a liberdade contratual e o reconhecimento legal dos contratos. A esfera pública e coletiva do contrato de trabalho se esvazia, dando lugar à “desfiliação vencida pelo direito”,⁹³ promovendo a individualização do direito do trabalho sem proteções, onde “os fragmentos de uma biografia esfacelada constituem a única moeda de troca para o acesso a um direito.”⁹⁴

⁹² R. Castel descreve a trajetória da sociedade salarial e o prognóstico de seu futuro ao afirmar que: “Sem dúvida, a condição de assalariado conservou, do longínquo modelo da corvéia (...), uma dimensão ‘heterônoma’, para falar como André Gorz, ou ‘alienada’, para falar como Marx, e, para dizer a verdade, como sempre pensou o bom senso popular. Mas suas transformações até a constituição da sociedade salarial tinham consistido, de um lado, em apagar os traços mais arcaicos dessa subordinação e, por outro lado, em compensar com garantias e direitos, bem como o acesso ao consumo além da satisfação das necessidades vitais. O salariado tornara-se assim, pelo menos através de várias de suas formas, uma condição capaz de se rivalizar, às vezes de vencer, com as duas outras condições que, durante muito tempo, o tinham esmagado: a do proprietário e a do trabalhador independente. A despeito das dificuldades atuais, esse movimento não está acabado. Numerosas profissões assalariadas: médicos, advogados, artistas assinam verdadeiros contratos de trabalho com as instituições que os empregam. Portanto, é preciso receber com muitas reservas as declarações sobre a morte da sociedade salarial, quer para regozijar-se com o fato quer para lamentá-lo. Erro de análise sociológica primeiro: a sociedade atual é ainda maciçamente uma sociedade salarial.” (CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão...*, *op. cit.*, p. 594).

⁹³ *Idem, ibidem*, p. 601.

⁹⁴ *Idem*, p. 609.

No Brasil, conquanto não se tenha estruturado uma verdadeira relação salarial fordista, já que não se universalizou sequer o pleno emprego,⁹⁵ há evidências da fragmentação da frágil relação salarial construída. Ainda que em migalhas, a CLT, bem como a legislação esparsa de proteção ao trabalho, editadas a partir da década de 40 do século XX, com projeto de contrato de trabalho padrão, a prazo indeterminado e com acesso a direitos trabalhistas e à previdência social, vêm se rompendo.⁹⁶ Além disso, o mercado de trabalho brasileiro vivencia um movimento de expansão do trabalho informal pela desregulamentação do trabalho formal, o aumento do desemprego e a precariedade da contratação.⁹⁷

3.3 O ESTADO-NAÇÃO FRAGILIZADO

Para compreender profundamente as mudanças na produção, tornou-se indispensável enfrentar a problemática da transição do Estado, na perspectiva da produção capitalista e da regulação jurídica, primeiro porque o capitalismo é

⁹⁵ Essa interpretação é bem retratada em pesquisas que constataam que o capitalismo brasileiro é marcado pela insegurança e instabilidade no trabalho, quer pela ausência de crescimento econômico, quer pela falta de políticas sociais. Esses ingredientes propiciam uma insegurança e uma desordem no trabalho, com reflexos na alta informalidade do trabalho, cultura das grandes jornadas, discriminação do trabalho da mulher (Ver MATTOSO, Jorge. *A desordem do trabalho* e POCHMANN, Marcio. Mal-estar ainda predomina no trabalho. *Folha de São Paulo*, 13 mar. 2002. Caderno Especial, p. 8).

⁹⁶ De um lado, intensifica-se o uso de mecanismos legais de remuneração flexível, tal como participação nos lucros ou resultados. Participar dos resultados da produção era um velho sonho dos trabalhadores, que no Brasil aparece como direito na Constituição de 1946, contudo sem regulamentação. Reproduzida na Constituição de 1988, a regulamentação do direito aparece, via Medida Provisória em 1994, no mesmo momento em que se põe a política de reajustes salariais automáticos aos trabalhadores, a pretexto de promover a integração entre capital e trabalho e o incentivo à produtividade, promove a remuneração flexível, pois a participação nos lucros não tem natureza salarial, o que não gera outros direitos decorrentes do contrato. Fazem parte desse mesmo processo de fragmentação a promoção de contratos de trabalho a tempo parcial e de novas formas de contrato de trabalho a tempo determinado. O direito à Previdência, inscrito no art. 6º da Constituição de 1988, no rol de direitos sociais, também representa um bom exemplo desse processo. A Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.98, que alterou profundamente o sistema previdenciário brasileiro, que, entre outras medidas, acabou com a aposentadoria proporcional por tempo de serviço, substituindo a aposentadoria por tempo de serviço pelo tempo de contribuição, migrando para um regime contributivo, distanciando-se de um benefício inerente ao contrato de trabalho e esvaziando o direito constitucional à aposentadoria garantido aos trabalhadores urbanos e rurais, previsto no art. 7º, inciso XXIV, da Constituição brasileira de 1988.

⁹⁷ Por informais são compreendidos os trabalhadores autônomos vinculados a uma unidade produtiva, os cooperados de cooperativas de trabalho, os trabalhadores “por conta própria”, cuja inserção no trabalho, em geral, não passa de uma estratégia de sobrevivência.

identificado com o Estado e, segundo, pela evidência de que o Estado é representado por uma formação jurídica.⁹⁸ A reflexão sobre o Estado permite desvelar as categorias jurídicas centrais e seus processos de transição, pois como afirmaram A. Negri e M. Hardt, a transição do Estado e os processos de globalização “já não são apenas um fato, mas também uma fonte de definições jurídicas que tende a projetar uma configuração única supranacional de poder político”.⁹⁹ O debate acerca da constatação do declínio do Estado-nação põe em evidência um novo paradigma, que está também sendo redefinido no seio da regulação do trabalho assalariado.

O direito do trabalho floresceu no Brasil assim como na Itália, onde nosso sistema teve maior inspiração no estado corporativo, depois na promessa do Estado Social. Ou seja, um direito do trabalho com um território delimitado, erigido sobre leis editadas num Estado soberano e com legitimação democrática. Com a emergência dos Estados Comunitários e,¹⁰⁰ por outro lado, com o fenômeno da mundialização econômica, essas bases tendem a ruir. A mundialização econômica representa, aqui, também um quantitativo simbólico, um valor paradigmático, que tem entre os seus pressupostos:

- a) mudanças nos modelos de produção, contribuindo para uma nova divisão do trabalho;
- b) ajuste estrutural passando pela privatização e redução do papel do Estado;
- c) hegemonia dos conceitos neoliberais em matéria de relações econômicas;

⁹⁸ Nesta pesquisa, a abordagem sobre a crise do Estado-nação apresenta apenas alguns elementos de reflexão que possam propiciar a identificação da crise do direito do trabalho fundado num modelo de Estado protetor e regulador de padrão keynesiano-fordista.

⁹⁹ NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *Império*. 2. ed. São Paulo: Record, 2001. p. 27.

¹⁰⁰ O pleno emprego, como maior promessa do Estado de Bem-estar Social Keynesiano está cada vez mais distante (para não dizer uma causa perdida), frente ao chamado desemprego estrutural. Ou seja, perdeu-se de vista a promessa de emprego subordinado estável da escola à aposentadoria, cuja mensagem estava presente em todo o direito do trabalho.

- d) tendência generalizada no mundo à defesa dos direitos humanos e o estado de direito, reforçando o poder dos juízes;
- e) aparecimento de atores supranacionais.¹⁰¹

O Estado, como grande regulador das relações econômicas e sociais, que assumia um papel verdadeiramente institucional com o mercado, a lei e o contrato, passa a disputar o papel do direito com as instituições internacionais de comércio, por meio do direito de concorrência. O direito do trabalho, apesar de possuir uma dimensão econômica e social, vem sofrendo enorme revés com a tendência crescente de contratualização das relações de trabalho, em obediência a uma racionalidade econômica da livre circulação do capital e das mercadorias.

O trabalho subordinado se institui pelo direito do contrato, mas implicado no contexto de um direito do trabalho fundado, principalmente, na relação entre mercado e esfera social. O mercado de trabalho, por sua vez, se estrutura na moldura do Estado-nação. Essa regulação não comporta nenhuma adequação ao novo modelo de liberalização econômica, cujo maior impacto, para o direito do trabalho, é o esvaziamento da idéia do Estado-nação regulador.¹⁰² A perversidade dessa inadequação, como anota A. Supiot, é que resulta no elevado preço do desemprego, do trabalho precário e na miséria dos trabalhadores.¹⁰³ As mudanças operadas no modelo do Estado-nação acabaram com o conceito de trabalho ancorado na idéia do trabalho como meio de troca entre dependência econômica e seguridade social. A ideologia do mercado, não somente acaba com a promessa do Estado do Bem-Estar Social, mas introduz o valor do mercado contra os direitos

¹⁰¹ Ver ARNAUD, André Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 13-14

¹⁰² A. Negri e M. Hard trabalham com a categoria “Império” para designar as mudanças operadas no Estado-Nação, como fenômenos de descentralização e de desterritorialização, cuja abertura de fronteiras e a incorporação de outra os levou a sustentar a ausência de fronteiras, o que motivaria o nascimento do novo conceito de “Império” (NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *Império*, *op. cit.*, 2001).

¹⁰³ SUPPIOT, Alain. *Le travail en perspectives*. Paris: L.G.D.J., 1998. p. 7.

fundamentais. Ignora-se, assim, que o contrato de trabalho tem uma inseparável dimensão econômica e social.¹⁰⁴

Porém, interessa aqui delimitar a análise sobre a crise da idéia de Estado na perspectiva de um Estado Social, do tipo kenesyano-fordista, que, enquanto invenção histórica, atuou como mediador do conflito social, promovendo a integração social dos cidadãos via relação salarial. Os Estados nacionais viveram, nas décadas de 40 a 70, a experiência de um desenvolvimento determinado pela lógica da relação salarial. Os ganhos de produtividade eram divididos entre o capital e o trabalho. Além da relação salarial direta, os trabalhadores se beneficiavam dos salários indiretos do Estado de Bem-Estar Social e do amplo acesso à proteção social. O Estado Providência também propiciou o surgimento de sujeitos coletivos, via organizações sindicais, negociação coletiva, direito de greve. A intervenção do Estado nacional fordista se dava, então, na regulação da repartição dos ganhos de produtividade.

Com a abertura econômica, a regulação do estado nacional se fragiliza ante as exigências do livre mercado, da competitividade, que tem como um de seus condicionantes a redução do custo do trabalho. Tem razão A. Supiot, ao dizer que “dentro dessa perspectiva neoliberal, o direito de concorrência ocupa o lugar de um direito constitucional em escala planetária, e as instituições internacionais de comércio disputam com os estados o papel de terceiro garante do mercado”.¹⁰⁵ O mercado assume o papel de regulador, então, do Estado e, noutro plano, o contrato faz as vezes da lei. Perdeu-se de vista a promessa de emprego subordinado estável até a aposentadoria, mensagem que estava presente em todo o direito do trabalho. Além disso, o direito do trabalho construído nos marcos do Estado-nação, como forma de inserção social e de solidariedade, também se fragmenta.

¹⁰⁴ SUPPIOT, Alain. *Au-delà de l'emploi: transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Paris: Flammarion, 1999. p. 11.

¹⁰⁵ SUPPIOT, Alain. *Critique du droit...*, *op. cit.*, p. XIX

Não se trata de mero triunfo do mercado, mas da prevalência da racionalidade econômica sobre o social, rompendo os vínculos de solidariedade, relativizando-se os direitos sociais, abrindo caminho para a tendência de recontractualização do direito do trabalho, já que a relação contratual deixa de pertencer à esfera pública, ficando relegado o projeto de construção de direitos sociais garantidos pelo Estado. Mas, em que medida é possível relacionar a crise do Estado-nação com a fragmentação da noção de subordinação? Há uma decorrência direta, pois o contrato de trabalho subordinado somente se impõe pela atuação do Estado como garantia, como protetor. A valorização e a prevalência do direito de concorrência conflitam e minam a eficácia dos direitos fundamentais do trabalho inscritos na Constituição, constituindo claro obstáculo a um mercado de trabalho no plano nacional e, de resto, de uma estrutura salarial planificada com direitos individuais e coletivos.

É preciso questionar, no debate político-jurídico, qual o papel do Estado em matéria de direito do trabalho. Se o Estado deve intervir na proteção do mais fraco ou deixar que as forças livres do mercado e os atores sociais cumpram as tarefas antes atribuídas ao Estado. A noção de emprego, vinculada ao contrato de trabalho, criado no final do século XIX na Alemanha, pressupõe a participação e intervenção do Estado na proteção dos trabalhadores, proteção direcionada à condição de subordinação. O contrato de trabalho (ou o trabalho formal) representa a essência do marco regulatório do Estado, que protege a relação de emprego, compreendida como o trabalho assalariado, desde que mantenha uma relação direta, subordinada e remunerada. Ou seja, a subordinação jurídica opera pela capacidade normativa maior ou menor do Estado na regulação do caráter protetivo do direito do trabalho. Dito de outro modo, toda construção do contrato de trabalho traz insito um processo de atuação estatal interventiva, que regula o conflito social.

3.4 A SUBCONTRATAÇÃO COMO ESTRATÉGIA DAS NOVAS ORGANIZAÇÕES PRODUTIVAS

A grande fábrica, organizada pelo padrão taylorista-fordista, perdeu força com a emergência dos modos de produção e gestão da mão-de-obra do tipo pós-fordista ou neofordista.¹⁰⁶ Não há mais, no chão da fábrica, lugar para horários rígidos, grandes hierarquias e a separação entre concepção e execução, que representavam a moldura do taylorismo. A organização da empresa taylorista vem sofrendo profundas mudanças, ainda não concluídas. Iniciada na década de 70 e intensificada nos anos 90, a reestruturação produtiva rompe com o modelo de organização industrial clássico, que se apresentou como hegemônico após a segunda grande guerra.¹⁰⁷

A crise da organização fordista disseminou a fragmentação nos processos produtivos, com a introdução de novas tecnologias de informação, inovações organizativas, articuladas fora da grande fábrica, pois vincula produção, distribuição e consumo numa organização coordenada, em geral em pequenas empresas interdependentes. Porém, essas mutações são complexas, não sendo possível compreendê-las como uniformes nos diversos países, mesmo porque, após o fordismo, não se verificou a hegemonia de um novo modelo, tal como se deu com a organização científica do trabalho na lógica racional taylorista-fordista. Na América Latina, por exemplo, o modelo taylorista, depois fordista, não se implantou nos mesmos moldes dos países centrais, dadas as contingências históricas e contextos

¹⁰⁶ São inúmeras as teorias que, a partir dos anos oitenta, tentam compreender as implicações da reestruturação produtiva no mundo do trabalho, entre eles destacam-se os autores ligados à corrente do pós-fordismo e ao neofordismo. As denominações pós-fordismo ou neofordismo têm origem em duas compreensões diversas sobre o novo modo de organização do trabalho. Sem desprezar a pertinência dessas teorias, neste trabalho, deu-se preferência à denominação “pós-fordismo” não como adesão incondicional a essa corrente de pensamento, mas pela falta de uma definição melhor para se referir às novas práticas produtivas, no sentido material, que indiquem a perda da hegemonia do modo taylorista-fordista de produção. É também o relato do pós-fordismo que melhor faz uma incursão das implicações no processo de racionalização do trabalho e a intensificação do controle do trabalho.

¹⁰⁷ Não devem ser desprezadas as leituras das mudanças provocadas pelo pós-fordismo na esfera cultural; porém, a hipótese desta pesquisa está centrada nos impactos mais imediatos da reestruturação produtiva, vale dizer, das alterações materiais atribuídas ao pós-fordismo no ambiente da produção material. Para uma compreensão das implicações culturais podem ser consultados HARVEY, David. *Condição pós-moderna* e; JAMENSON, Fredric. *Pós-modernismo*.

sociais destes países periféricos, embora a organização produtiva tenha, em muito, se adaptado a esse modelo.

Com a abertura dos mercados, especialmente nos anos 90, os países latino-americanos começam a introduzir novos modelos de gestão, inspirados nos modelos japoneses. Num segundo momento, são adotados os círculos de qualidade, trabalho em equipe, polivalência, *just-in-time*, ou seja, introduziram-se novas formas de gestão do trabalho.¹⁰⁸ Mas, na América Latina, as empresas lançaram mão mais da flexibilidade do trabalho e da negociação coletiva do que da reestruturação produtiva, à exceção de uma minoria de grandes empresas exportadoras.¹⁰⁹

Mas a importação do modelo japonês é ainda uma incógnita no Brasil. Não se pode esquecer que não se completou o ciclo de inserção no modelo de Bem-Estar Social. O regime autoritário foi rompido somente nos anos 80. As décadas de 80 e 90 foram de crise, inflação, recessão, desemprego e violência. Mas no início da década de 90, o ideário de uma política neoliberal impulsiona a introdução do modelo japonês como organização dos processos produtivos. Na verdade, a experiência brasileira revelou práticas muito diferenciadas, às vezes distantes do toyotismo, o que levou alguns autores a chamarem o padrão brasileiro de *just-in-time* taylorizado ou *modelo nissei*, defendendo assim a subsistência e a continuidade do taylorismo-fordista no país. No Brasil, o modelo japonês foi introduzido, em grande escala, na indústria automotiva, de autopeças e de bens de capital. As ferramentas desse modelo que mais se propagaram foram os programas de qualidade total, que difundiram uma cultura da qualidade e, inclusive, levaram à

¹⁰⁸ Uma importante contribuição a uma leitura latinoamericana da organização do trabalho tem sido levada a cabo pelos sociólogos latinos, os quais apresentam uma síntese dos processos de inserção tardia e contraditória desses países nas novas formas de organização do trabalho, revelando a heterogeneidades das diversas contingências econômicas e históricas subjacentes. Ver NOVICK, Martha. La transformación de la organización del trabajo. In: GARZA TOLEDO, Enrique de la (Coord.). *Tratado de sociología del trabajo*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 124.

¹⁰⁹ A respeito dessa constatação ver Desarrollo económico y sociología del trabajo. In: *Tratado de sociología del trabajo*, p. 730.

adoção de política pública com a implantação, em 1990, do Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade (PBQP).¹¹⁰

O processo de descentralização produtiva é compreendido como o processo de externalização da produção. Antes vinculado a uma única unidade produtiva, constituída em diversos pólos produtivos de setores de produção ou de atividades de apoio, agora passa a atender os objetivos de racionalização, flexibilidade e redução de custos. Em termos jurídicos, esse processo se estrutura pela prestação de serviços via subcontratação. É difícil encontrar uma definição jurídica satisfatória para a subcontratação, pois, como lembra M. Redinha, “não se trata de um tipo contratual ou uma categoria jurídica. Na verdade, ‘subcontratação’ é apenas a designação compreensiva de um processo organizativo de natureza eminentemente econômico-financeira que pode corresponder a uma diversificada modelação jurídico-negocial ou, no limite, esquivar-se à adequada caracterização contratual”.¹¹¹

Apesar da impropriedade contratual, pois, quando se faz referência ao subcontrato se está pressupondo a existência de uma empresa que se obriga – subcontratada – a prestar um serviço a outra empresa – contratante, a descentralização da produção pela subcontratação implica uma relação salarial, onde o vínculo contratual do trabalho mais ou menos formal se dá somente com a empresa subcontratada, revelando uma nova forma de emprego, antes desprezada pelo direito do trabalho. Ao lado da subcontratação, a prestação de serviços também se intensifica. Embora tenha acepções assemelhadas, a prestação de serviços se diferencia da subcontratação, pois pressupõe o trabalho eminentemente autônomo, fora da rede produtiva não relacionada diretamente à produção, mas em atividades secundárias. No entanto, a grande expansão do setor de serviços impulsionou a revalorização do prestador de serviços, como figura autônoma e independente, atuando em forma de pessoa jurídica.

¹¹⁰ DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 102-103.

¹¹¹ REDINHA, Maria Regina Gomes. *A relação laboral fragmentada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 49-50.

No Brasil, a subcontratação, também inspirada no modelo japonês, passou a ser largamente utilizada em suas diversas modalidades: trabalho doméstico ou domiciliar; empresas fornecedoras de peças ou componentes; subcontratação para serviços de apoio; subcontratação de empresas nas áreas produtivas e quarteirização. A prática da subcontratação foi intensificada no Brasil nos anos 90, nos diversos setores da produção, ao contrário da experiência japonesa, por estar voltada à flexibilidade da produção e do trabalho. O uso indiscriminado dessas modalidades de externalização no Brasil, como afirmou M. Druck, representou a “dimensão central do modelo japonês no Brasil dos anos 90”,¹¹² o qual adquire características próprias, lesivas e predatórias aos direitos dos trabalhadores, precarizando a relação contratual, estimulando o trabalho “por conta própria”, além de provocar a segmentação do mercado de trabalho.¹¹³ Um segundo processo em curso, como prática organizativa, se dá com o estímulo às cooperativas de trabalho, que reaparecem como alternativas diversas. As cooperativas representam uma estratégia coletiva dos trabalhadores para fazer frente ao desemprego e para valorizar a cooperação e a solidariedade de classe. Todavia, o uso do trabalho de cooperativas pelos setores empresariais revela-se como prática de uma espécie de subcontratação, que também contempla os objetivos da externalização da produção, com as vantagens da flexibilidade e da redução dos custos do trabalho.

Ainda que as novas formas de trabalho não sejam hegemônicas e semelhantes nos diversos ramos de atividade empresarial, é possível identificar, no pós-fordismo, uma tendência clara na valorização da autonomia do trabalho com o enriquecimento das tarefas, que, de forma paradoxal, aumenta a produtividade e a

¹¹² DRUCK, Maria da Graça, *op. cit.*, p. 128.

¹¹³ Entre essas características, M. da G. Druck fez a seguinte classificação: “I - é a prática que mais tem se difundido na atividade industrial e também em outras áreas (serviços, comércio, setor público e outros) nestes últimos anos; II - além da rapidez do crescimento, detecta-se uma mudança qualitativa fundamental, qual seja: intensifica-se a terceirização não somente de serviços de apoio consideradas como atividades periféricas (alimentação, transporte, vigilância, etc) mas também atingindo as atividades nucleares/centrais da empresa, como a produção e a manutenção; III - é o processo que torna mais visíveis as transformações do espaço fabril, por um movimento de desintegração dos coletivos de trabalho; IV - as implicações para o mercado de trabalho já começam a ser observadas, agravando as suas características estruturais, como segmentação, fragmentação, desorganização, informalização” (DRUCK, Maria da Graça, *op. cit.*, p. 128).

disciplina sobre os trabalhadores. O que importa notar é que essas mudanças empíricas, verificadas na organização produtiva, provocam substanciais transformações na organização do tempo individual e coletivo de trabalho, mediante um processo de fragmentação, com implicações diretas na regulação pelo direito do trabalho. O taylorismo-fordismo não representou apenas uma forma de organização do trabalho. Além da intensificação do trabalho, o controle dos tempos mortos, esse modelo pressupunha uma forma de trabalhar; mais do que isso, uma forma de supervisão e controle, noção clara de hierarquia e obediência e, sobretudo, a legitimação do exercício do poder privado pelo empregador. A forma de trabalhar se objetivava pelas tarefas a executar, seguindo uma concepção, uma prescrição e, finalmente, uma rígida fiscalização da execução da operação pelo modo e pelo controle do tempo despendido. Ou seja, ao lado do macrossistema do modelo de acumulação propiciado pelo taylorismo, opera uma base microeconômica estruturada na relação salarial.

O direito do trabalho, para fixar a noção de subordinação jurídica, absorveu principalmente o critério subjetivo da sujeição ao controle e à fiscalização direta, à moda taylorista. O controle disciplinar do trabalho, legitimado pelo direito do trabalho, mesmo operando fora da contratualidade, é o exemplo mais emblemático, pois atua justamente para garantir a disciplina, combatendo a desídia, a indisciplina e a insubordinação no trabalho. O fato é que a subordinação fiscalizada deu lugar à valorização da autonomia, o que dilui a subordinação direta num imenso mosaico de práticas de gestão da qualidade e do resultado do trabalho, com a tendência de organização da produção em redes, ou seja, em formas cada vez mais horizontalizadas. O impacto da dissociação na organização do trabalho é a perda dos referenciais subjetivos da subordinação jurídica, os quais eram valorizados pelo direito do trabalho e, na tradição de uma sólida jurisprudência, forneciam os elementos caracterizadores da relação de emprego.

Os reflexos também podem ser verificados na estrutura do direito do trabalho alicerçado na relação salarial taylorista. Foi o taylorismo que permitiu o pagamento do salário de forma individualizada, pago por tarefa ou peça e, com o desenvolvimento do fordismo, a remuneração passou a ser feita pelo fator tempo,

por meio do salário pago por dia, no lugar da tarefa, apesar de haver a prática de prêmios e gratificações, mas que funcionava como incentivo salarial para vencer a resistência do trabalhador. Na esfera coletiva, foi o fordismo que criou as condições para a superação do contrato individual do trabalho, com a introdução da expansão da contratação coletiva, com estrutura de salários e reajustamentos periódicos. A ruptura com o padrão salarial taylorista-fordista provocou a redução dos níveis salariais, possibilitando a prática de diversas garantias salariais indiretas e flexíveis, vinculadas à produtividade da empresa, ao setor, à equipe ou atingimento de metas (resultados). Por isso, o fenômeno da descentralização da produção está no epicentro da fragmentação da noção de subordinação jurídica.

3.5 A JORNADA DIFUSA E DISPERSA

O controle aparece no ambiente da indústria em emergência no século XIX, identificado sobretudo por uma sujeição e um controle do espaço e tempo, o que mais tarde, com a hegemonia da organização científica taylorista-fordista, sofreria uma maior racionalização. As características principais dessa relação estão descritas no Relatório Supiot:

- a) dependência hierárquica a um chefe imediato na empresa;
- b) exclusividade na relação com o empregador, com contrato de tempo indeterminado, assim como a obrigação de fidelidade;
- c) integração na organização produtiva;
- d) obrigação de disponibilidade de tempo pelo trabalhador (dentro dos limites do contrato);
- e) regime de horário e modalidades de organização de prestação.¹¹⁴

¹¹⁴ SUPIOT Alain. *Au-delà de l'emploi...*, op. cit., p. 94

A fixação da duração de trabalho como modelo uniforme, com jornada, intervalos, repousos, foi facilmente adaptada à grande empresa fordista - dentro de uma organização do trabalho - e a um tipo de capitalismo. Esses referenciais foram rigorosamente sistematizados pelo direito do trabalho na regulação da duração individual do trabalho, bem como no plano coletivo. Daí, surge a regulação da jornada de trabalho quase universal de oito horas diárias e a jornada semanal (entre 40 e 48 horas). Além disso, o direito do trabalho tratou de fazer uma criteriosa sistematização de intervalos para descanso e alimentação, repouso semanal remunerado e férias anuais.¹¹⁵ O contrato de trabalho estruturou-se como a venda da força de trabalho, que obriga o trabalhador a ficar à disposição do empregador por certo lapso de tempo, o que justifica a contratualidade, como cláusula natural e inerente à fixação de limites de jornada.

É preciso reconhecer que o controle do tempo de trabalho – tempo e ritmo de trabalho - é a medida do controle e da subordinação, bem como da produção. A subordinação tem como modelo simbólico a sujeição do trabalhador ao empregador durante a jornada de trabalho, o que implica fazer uma clara separação entre tempo de trabalho (tempo de sujeição) e tempo de não-trabalho (lazer). Por isso, há uma identidade entre tempo de trabalho e tempo de subordinação do empregado. A fixação de uma rígida duração semanal de trabalho se deu em todos os países, com exceção da Inglaterra, onde a duração do trabalho se dava via horas-extras. No entanto, a noção de tempo de trabalho sofre uma grande transformação. O controle do tempo, à moda taylorista, simbolizado pelo cronômetro, perde o lugar central no controle do processo de produção. A duração do trabalho, a hora e a jornada ficam cada vez mais dispersas, não mais se podendo identificar onde começa e onde termina uma jornada. Antes, para flexibilizar a jornada, o único recurso utilizado era o trabalho em horas-extras. A tendência recente é intensificar o uso de modalidades de contratos de trabalho atípicos e o subcontrato para evitar as horas-extras.

¹¹⁵ No Brasil, a CLT dedica dois capítulos dentro do Título “Normas Gerais de Tutela do Trabalho” na disciplina da jornada, descansos, trabalho noturno e férias. Além disso, diversas leis esparsas que regulamentam profissões específicas (advogados, médicos, engenheiros, jornalistas, cabineiros de elevador, músicos, etc) têm tratamento específico de jornada. A Constituição brasileira de 1988 elevou a jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais como garantia e direito fundamental dos trabalhadores, além das férias remuneradas e repouso semanal remunerado (art. 7º, incisos XIII a XVII).

No ambiente da produção, a subordinação a horários rígidos se esvazia, deslocando-se o controle para o resultado da produção, com jornadas “flexíveis”, numa posição fronteira com o trabalho autônomo clássico. Tornou-se irrelevante, para fins de definição da jornada, a posição hierárquica do trabalhador na organização produtiva, perdendo qualquer conotação a diferenciação realizada pelo direito do trabalho na incidência da proteção da jornada, entre cargos de gerência e trabalhadores manuais. O controle de jornada não mais pode ser invocado como característica do trabalho assalariado e subordinado, já que:

o tempo efetivo do trabalho tornou-se diverso, às vezes quase incompreensível, de tal modo que o direito do trabalho não consegue captá-lo, e a própria máquina estatística não pode mais medi-lo de uma maneira confiável.¹¹⁶

Toda sistematização do direito do trabalho foi construída a partir de uma definição de tempo de trabalho dentro da organização produtiva. No contexto do modelo de “duração do trabalho”, as regras jurídicas de sua delimitação operavam como critério para mensurar a subordinação jurídica e como mecanismo de aferição do trabalho prestado. Assim, o trabalho subordinado clássico correspondia, em geral, a um trabalho com jornada diária e semanal, definidas pelo direito do trabalho. A duração do trabalho, por sua vez, aparecia também como um critério e uma característica do trabalho subordinado.

Nos modelos pós-fordista ou neofordista de organização do trabalho, assiste-se a uma tendência paradoxal na disciplina da duração do trabalho. A noção de tempo de trabalho se fragmenta, na nova gestão do tempo, que, embora não reduza os ritmos à moda taylorista, impõe uma produção racionalizada (o *just-in-time* é um exemplo dessa aporia) incompatível com a fixação de jornadas. Por um lado, as políticas públicas tencionam por redução da jornada legal de trabalho e a promoção do trabalho em tempo parcial como medidas de combate ao desemprego; porém, o tempo de trabalho passa a ocupar o que antes era tempo livre, completamente dissociado do tempo de trabalho. Tempo livre e tempo de trabalho passam a se

¹¹⁶ BOISSONNAT, Jean, *op. cit.*, p. 77.

comunicar, num processo em que o tempo de trabalho invade o tempo livre, racionalizando-o e vice-versa. Esse processo tem levado à perda dos referenciais do tempo livre como expressão da liberdade individual e coletiva, mas principalmente ao aparecimento de controle na esfera privada do empregado, fora dos limites do contrato de trabalho. Paralelamente, tem levado a um incentivo ao trabalho em domicílio, ao teletrabalho, o que encontra ampla recepção nas manifestações por uma auto-regulação do tempo de trabalho.

O tempo livre, que o direito do trabalho nunca teve a pretensão de regular - pois ficava fora de qualquer disciplina normativa - passa a ser gradativamente assimilado. Essa espécie de desregulamentação do tempo de trabalho coloca em questão, primeiro, a dificuldade do direito do trabalho para regular situações heterogêneas, em que não se permite sequer delimitar o que seja efetivamente tempo de trabalho. Segundo, o controle difuso do tempo de trabalho relativiza a subordinação antes direta do trabalhador pelo cumprimento de jornada e a imposição de um ritmo de trabalho. Juntamente com a perda do referencial da duração do trabalho, todos os critérios de definição de remuneração quantificáveis pelo critério de “tempo” também se tornaram ineficazes. O que representa, agora, o salário por hora ou por dia? Enfim, o relógio deixou de ser a medida exata e eficaz do tempo jurídico do trabalho para fins de regulação pelo direito do trabalho.

A flexibilização da jornada de trabalho, que na organização do tempo de trabalho taylorista-fordista se apresentava como uma organização coletiva de tempo e ritmo, possibilita maiores espaços de autonomia e flexibilidade; assim, os horários e ritmos tendem a ser cada vez mais individualizados, seguindo um grau de liberdade e de escolha do próprio empregado, que pode suspender o trabalho para dedicar-se à família, a um final de semana prolongado, a estudos ou a atividades associativas. O fato é que, ao contrário do que se possa pensar, essa autonomia não é incompatível com a condição de empregado, mas representa uma nova qualidade de trabalhador imposta pelas novas organizações produtivas, que possibilitam espaços de liberdade no trabalho adaptados à empresa flexível.¹¹⁷

¹¹⁷ SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. p. 167-168.

Há uma tendência à assimilação crescente no direito do trabalho da idéia de flexibilidade da jornada como um valor de autonomia, ausência de controle da jornada e das jornadas flexíveis. A instituição do mecanismo de “banco de horas” no direito brasileiro, via negociação coletiva de trabalho, é um bom exemplo da erosão da regulação rígida da duração da jornada diária e semanal, tornando obsoleta toda estruturação do direito do trabalho pelo fator tempo, já que os limites diários e semanais de jornada, violados, podem ser compensados ou remunerados futuramente.¹¹⁸ Paralelamente, a negociação coletiva de trabalho, mecanismo instituído para a criação de direito na melhoria das condições de trabalho, tem se transformado em instrumento privilegiado para a introdução de formas de jornada flexível. A jurisprudência tem assumido uma posição mais destacada nesse processo, ao rever posições consolidadas, afastando-se da noção legal de tempo de serviço como equivalente ao tempo à disposição, que a CLT (art. 4º) ainda a reproduz expressamente.¹¹⁹ A razão dessa guinada na jurisprudência não é motivada por um novo conteúdo legislativo, senão por uma postura política de complacência com as novas exigências da empresa pós-fordista. Essa postura caminha também para a remuneração pelo tempo efetivo de trabalho em substituição à remuneração do tempo à disposição, eliminando, com isso, o pagamento de períodos de repousos, transporte e de tempo de não-produção.

Dois grandes impactos a difusão do tempo produziu. Primeiro, na relação individual de trabalho, a regulação do tempo elimina a temporalidade entre tempo de trabalho (jornada diária e semanal) e tempo livre. Na organização coletiva do tempo,

¹¹⁸ O chamado “Banco de Horas” foi introduzido no Brasil pela Lei n. 9.601, de 21.01.98, possibilitando que o excesso de jornada de um dia possa ser compensado com a diminuição em outro dia, no prazo de um ano, limitado apenas o trabalho além da décima hora diária.

¹¹⁹ Com a Orientação Jurisprudencial do TST (n. 23 da SDI), não há mais obrigação de pagamento de horas extras relativamente aos dias em que o excesso de jornada não ultrapassa de cinco minutos antes e/ou após a duração normal do trabalho. Essa orientação foi transformada na Lei n. 10.423, de 20.06.2001, que acrescentou o § 1º ao art. 58 da CLT: “§ 1º Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários.” O horário *in itinere*, amplamente reconhecido como tempo à disposição, no padrão taylorista, passou, da mesma forma, a comportar interpretação diversa na jurisprudência do TST (Enunciados n. 324 e 325), e, depois, também deixou de ser considerado tempo de trabalho pela mesma Lei n. 10.243, de 20.06.2001: “§ 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de

ignora o tempo de reprodução e o tempo livre já que, paradoxalmente, embora propugne por uma maior autonomia, esse modelo passa a negar o tempo livre em domingos, feriados e períodos escolares, colocando os trabalhadores numa situação nova de fragmentação do tempo de trabalho, que passa a ser confundido com o tempo de vida, fazendo com que o tempo de trabalho invada o tempo antes livre, passando a “uma esfera heterogênea”.¹²⁰ Aqui, fica evidenciada a grande transformação, pois o tempo de trabalho, que antes correspondia ao tempo de subordinação e de execução do contrato de trabalho, perde esse referencial, não só de temporalidade, mas de identificação da subordinação pelo critério do tempo.¹²¹

No entanto, este diagnóstico não deve conduzir a uma proposição pela desregulamentação do tempo de trabalho. O controle do tempo ainda permanece importante “para evitar novas formas de esgotamento físico e mental pelo trabalho, a pretexto de envolvimento e maior autonomia dos trabalhadores.”¹²² Por outro lado, o trabalho não pode ser reduzido ao tempo, onde se dá a subordinação direta. Há uma inegável tentativa de associar a introdução de novas tecnologias e a atribuição de maior autonomia aos trabalhadores à fixação da remuneração não mais pelo critério do tempo. A nova administração pretende, ao fazer essa reforma na duração do trabalho, levar à ineficácia de toda regulação do direito do trabalho fundado no fator tempo.¹²³

A ruptura entre tempo de trabalho e de não-trabalho, critério em que estava subentendida a noção de subordinação, desaparece, melancolicamente. Por outro lado, como identificou A. Supiot “o tempo mesmo de execução do contrato de

transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.”

¹²⁰ SUPLOT Alain. *Au-delà de l'emploi...*, *op. cit.*, p. 120.

¹²¹ *Idem, ibidem*, p. 122.

¹²² BOISSONNAT, Jean, *op. cit.*, p. 228.

¹²³ JAVALLIER, Jean-Claude. *Le future de la subordination dans l'evolution du droit du travail*,. In: _____. *Le trasformazioni del lavoro*. Milano: Fondazione Giulio Pastore/Franco Angeli, 1999. p. 51.

trabalho não mais se identifica a um tempo de trabalho subordinado”,¹²⁴ substituindo a relação obrigacional de meio para uma relação obrigacional de resultado. Não mais individualizado, porque difuso, o tempo de trabalho, como referencial objetivo da legislação trabalhista, deixa de ser um critério operacional. Porém, ainda permanece aberto o debate se de fato um maior grau de autonomia do trabalhador elimina a necessidade de fixação da duração do trabalho.¹²⁵

3.6 O NOVO TRABALHADOR E AS NOVAS FORMAS DE EMPREGO

O direito do trabalho se estruturou, historicamente, dentro de algumas zonas fronteiriças, de um trabalho definido a partir de oposições. Essas oposições, segundo A. Supiot, são configuradas por quatro grandes hipóteses:

- a) oposição entre trabalho dependente e trabalho independente;
- b) oposição entre trabalho a título gratuito e trabalho a título oneroso;
- c) oposição entre empregado e servidor público;
- d) oposição entre trabalho e formação.

¹²⁴ SUPPIOT, Alain. Le travail en perspectives, *op. cit* , p. 122.

¹²⁵ O direito do trabalho brasileiro, por disposição do artigo 4º da CLT, ainda compreende o tempo de trabalho em sentido amplo, incluindo não só o tempo de efetivo trabalho, mas também aquele em que o empregado está à disposição do empregador aguardando ordens. Dispõe o artigo 4º da CLT: “Considera-se como de serviço efetivo, o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”.

Todo esse esforço de separação e oposição, como aduz A. Supiot, implicou uma separação da pessoa do trabalhador do trabalho, por meio da construção dogmática do sujeito de direito, uma espécie de objeto do mercado de trabalho¹²⁶.

As transformações provocadas na noção ocidental de trabalho na modernidade podem estar diluindo as oposições assimiladas e reproduzidas pelo direito do trabalho. Esse movimento se dá em dois níveis. De um lado, uma inserção do trabalho não assalariado na esfera do trabalho dependente, o que ocorre, por exemplo, com a inserção dos trabalhadores então autônomos na estrutura dos trabalhadores dependentes. De outro lado, ocorre uma assimilação crescente, pelo direito do trabalho, de valores exclusivos dos não-empregados, tal como o direito à formação profissional.¹²⁷ Essas observações evidenciam uma grande viragem na noção de trabalho, pois revelam uma nova inter-relação entre o trabalho e o sujeito trabalhador.

O coletivo homogêneo de trabalhadores e patrões, sobretudo na grande empresa, regulado pela lei e pelos mecanismos de contratação coletiva, se constituiu, indiscutivelmente, pelas grandes categorias sobre as quais se pensou e estruturou a relação salarial. A empresa, pela sua nova forma de organização da produção e, especialmente pelo seu poder de decisão, se apresenta em formas multifacetadas, sendo cada vez mais difícil identificar e localizar onde está o núcleo do poder. A descentralização da produção e do poder de decisão deu origem a uma empresa também fragmentada, onde os referenciais simbólicos do direito do trabalho, representado por um trabalhador subordinado a um patrão, detentor do poder e da autoridade, passam a ser relativizados. A empresa opera agora sob o símbolo da flexibilidade, da mobilidade, cuja gestão do trabalho não a faz se identificar mais com a figura clássica do empregador. Ou seja, a noção de

¹²⁶ SUPIOT, Alain. *Le travail en perspectives*, *op.cit.*, p. 6. No Brasil a simples leitura dos artigos 2º e 3º da CLT bem elucidam as delimitações do direito do trabalho que regula o trabalho prestado à iniciativa privada (definido por empregador no artigo 2º, a exceção do empregado público por imposição Constitucional, conforme o artigo 173), consistindo em um trabalho “dependente” e “mediante remuneração” (artigo 3º).

¹²⁷ *Idem, ibidem*, p. 7.

empregador, cujo modelo de regulamentação foi a grande empresa, também necessita de uma redefinição.

Interessa notar que se está diante de uma fragmentação dos sujeitos da relação salarial – empregado e empregador, estruturados como sujeitos de direito - cujos reflexos na análise do direito do trabalho devem passar pelo enfrentamento da diversidade das novas formas de emprego. Aqui, repousa uma nova questão à noção de subordinação jurídica: é o conceito de subordinação jurídica capaz de contemplar todas as situações de trabalho, agora implicadas diretamente com novos sujeitos? Não só a noção de emprego se diluiu, mas as formas de trabalho evoluíram, rumo a uma espécie de repersonalização do sujeito trabalhador. Nessa direção, as respostas do que se convencionou chamar de trabalho subordinado, na perspectiva do direito do trabalho clássico, efetivamente são poucas.

Muitas são as perguntas ao direito do trabalho. Que valor deve-se atribuir ao trabalho gratuito, às novas formas de trabalho autônomo, ao teletrabalho e à formação profissional? Na raiz desse questionamento está, certamente, toda problemática sobre o futuro do direito do trabalho, que tem ocupado a cena do debate nos últimos anos. Talvez, o grande desafio do direito do trabalho esteja em elaborar uma regulamentação diversa para as diversas modalidades novas de trabalho, originadas da fragmentação na organização produtiva, que deu origem ao surgimento de sujeitos novos, a exemplo do trabalhador subcontratado, do cooperado e do por “conta própria” (auto-emprego). Qual é, por exemplo, a condição contratual do subcontratado em relação aos inúmeros sujeitos com quem se relaciona, direta e indiretamente? Enfim, que proteção jurídica deve ser conferida às novas atividades ditas independentes, hoje relegadas a um contrato civil ou mercantil, que pressupõe ampla liberdade de trabalho?

O problema posto está, obviamente, relacionado ao critério da subordinação jurídica, adotado para o contrato de trabalho, como proteção aos trabalhadores pelo direito do trabalho e da seguridade social. Essa noção não contempla as figuras novas legadas pela nova organização produtiva que tendem a transformar o trabalhador empregado em trabalhador na imagem do trabalho independente. Na

lógica da competência, as mudanças na organização do trabalho reclamam autonomia e resultado, o que coloca assalariados e independentes em situações muito próximas, que sequer se poderiam valer do velho argumento das “zonas fronteiriças” entre empregados e autônomos.

Uma possibilidade é a compreensão a partir da atividade independente como sujeita aos mesmos riscos sociais do trabalhador empregado. Por riscos sociais, devem-se entender aqueles relacionados aos acidentes de trabalho, às doenças e à idade avançada. A segurança contra tais riscos somente pode se dar pelo trabalho pessoal. Enfim, o direito do trabalho se encontra diante de seu dilema histórico entre autonomia e dependência; novamente, está-se diante do labirinto de poucas saídas.

3.7 AS NOVAS AMBIGÜIDADES ENTRE SUBORDINAÇÃO E AUTONOMIA

J. Habermas afirmou que a forma moderna de trabalho desenvolveu uma racionalidade nova e particular (capitalista, econômica e técnica). A dominação dessa racionalidade é construída em torno da autonomia que valoriza o capital e não o trabalho, que ela possa sempre dividir, burocratizar e privar de sentido.¹²⁸ Essa é a constatação da nova ambigüidade do trabalho, que implica a reflexão da utopia construída no desejo de autonomia do indivíduo empregado. Na nova lógica econômica, certa autonomia, capacidade de organização e de decisão não conduzem a um poder real, mas a uma razão instrumental produtivista que alia autonomia e responsabilidade. É indiscutível que a nova administração tem como eixo central um processo de revalorização da autonomia do trabalhador, uma espécie de repersonalização da relação de trabalho, que não somente rompe com a hierarquia, mas tende a levar a um processo de individualização da gestão trabalho. Essa viragem é construída em torno do referencial de maior autonomia e liberdade pessoal na execução do trabalho.

¹²⁸ Ver O discurso filosófico da modernidade, p. 93.

A valorização da autonomia é um paradoxo para o direito do trabalho, podendo ser pensada como projeto de liberação dos indivíduos de seus vínculos de dependência pessoal, das hierarquias e dos poderes absolutos. A idéia de igualdade e de autoderminação, como valores e direitos, fixa os pilares da sociedade jurídica moderna, por meio de um vínculo pela relação jurídica e uma coletividade pelo Estado.¹²⁹ A construção do sujeito moderno, assim, se apresenta contraditória, como observa P. Barcellona, pois tem a pretensão de um sujeito autônomo, porém constrói uma ordem jurídica artificial em torno do Estado e do direito. A criação dos direitos sociais dos trabalhadores é um bom exemplo dessa aporia. A regulação legal ampla desses direitos invade a esfera da subjetividade, burocratiza e aumenta o controle sobre os trabalhadores. Por outro lado, a liberdade jurídica se revela como ordem abstrata, já que é possível a convivência de uma coação econômica para o trabalhador vender a sua força de trabalho, mantendo-se como sujeito livre.¹³⁰ É claro o paradoxo da liberdade jurídica com a necessidade econômica implicada nas diversas leituras da crise da modernidade e do direito, que pensa o indivíduo e sua mediação com a ordem social.

Os espaços da liberdade e da autonomia nas relações de trabalho, ao longo da modernidade industrial, reproduzem, assim, um dos maiores paradoxos do direito do trabalho. O direito do trabalho é delimitado pela definição de uma relação de sujeição do trabalhador ao seu contratante empregador, como já assinalamos, o que implica uma relação de poder que representa, como reconheceu A. Supiot, o coração do direito do trabalho.¹³¹ Ao contrário de todo o direito civil dos contratos, organizados em função da autonomia dos contratantes, o direito do trabalho se estrutura justamente na submissão da vontade. Há indiscutivelmente uma aporia na justificação do direito do trabalho, pois a subordinação de um dos contratantes inviabiliza a autonomia.

¹²⁹ BARCELLONA, Pietro, *op. cit.*, p. 45.

¹³⁰ *Idem, ibidem*, p. 46.

¹³¹ SUPIOT, Alain. *Critique du droit...*, *op. cit.*, p. 109.

A antinomia entre autonomia contratual e a subordinação do sujeito trabalhador pela ordem jurídica, não somente normatiza um direito do contrato de desigualdade entre as partes, como também desvela um discurso do direito do trabalho que tenta compatibilizar a subordinação consentida com a autonomia. A subordinação, mesmo que fundada no critério jurídico – a subordinação jurídica – não elimina a identificação de uma submissão de um trabalhador a um empregador, já que, “La soumission de travailleur à l’autorité de l’employeur constitue ainsi la caractéristique ‘essentielle’ du contrat de travail.”¹³² Por isso, o direito do trabalho é alimentado por uma ambigüidade: a ausência de autonomia, a pedra de toque que qualifica o contrato de trabalho.

O pós-fordismo produziu, efetivamente, uma sensível atenuação na subordinação, quer por uma forma mais difusa, quer pelas práticas de valorização de espaços de autonomia. Essa dissociação começa com a problemática da regulação do direito do trabalho, que ora regula o conflito, ora institui garantias. Depois, vivenciamos a emergência dos contratos de trabalho atípicos, fora dos estreitos contornos do contrato de prazo indeterminado standardizado. O fato é que a subordinação jurídica é fórmula contraditória e inexpressiva, que tem uma forte herança no fordismo.

A partir da análise dos impactos materiais provocados pela mudança no modo de acumulação, na perspectiva da passagem do fordismo para o pós-fordismo, partindo da hipótese de que “a relação entre cidadania e produção tem sido radicalmente transformada: se no fordismo a inserção produtiva era a condição de integração cidadã, no pós-fordismo, a cidadania se tornou condição *sine qua non* da integração produtiva”,¹³³ procura-se justificar uma fragmentação do conceito de subordinação jurídica estreita, pois no pós-fordismo, o assalariamento em massa não mais produz o acesso aos direitos sociais, tal como ocorria no fordismo. Ou seja, a universalização de um modo de emprego formal não é mais condição para a

¹³² Em tradução livre do autor, lê-se: “A submissão do trabalhador à autoridade do empregador constitui, assim, a característica “essencial” do contrato de trabalho” (SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*, p. 112).

¹³³ COCCO, Giuseppe. *Trabalho e cidadania: produção e direito na era da globalização*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 15-16.

universalização de direitos. A subordinação, antes construída no ambiente da empresa, hoje se acha localizada dentro da organização econômica edificada em torno da empresa. Assim, se dá com a subcontratação e as novas modalidades de trabalho por conta própria.

A fragmentação descrita não se dá de forma aleatória. Ao contrário, ela representa uma nova etapa da regulação do modo de produção capitalista; uma nova configuração da divisão capitalista do trabalho, ancorada na lógica de mercado mundializado, que estrutura o novo modo de acumulação. A leitura do novo estágio do processo de acumulação capitalista permite retomar o fio condutor da passagem e do arranjo que sustentou a subordinação jurídica na regulação do trabalho e do mercado de trabalho. Demarcado o estado da arte em que está implicada a discussão em torno da subordinação jurídica, faz-se necessário inventariar, criticamente, as alternativas de teorização e de justificação produzidas pelo direito do trabalho que tenham como projeto refundar e reconstruir o direito do trabalho por meio de novas articulações.

4 SUBORDINAÇÃO JURÍDICA NA TRANSIÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Tal como aconteceu com a ciência moderna, também o direito perdeu de vista, neste processo, a tensão entre regulação e emancipação social, originalmente inscrita no paradigma da modernidade. (Boaventura de Souza SANTOS)

4.1 AS TENSÕES ENTRE REGULAÇÃO E PRÁTICA SOCIAL

A doutrina e a jurisprudência têm enorme dificuldade em compreender o caráter sócio-econômico da subordinação jurídica. Em geral, se esforçam para afirmar que a subordinação é de natureza jurídica e não pessoal. Isso tem levado a decisões judiciais contraditórias, pois não conseguem ser justificadas racionalmente, já que não reconhecem, ao definir a juridicidade, nada além do positivismo. A subordinação jurídica fica sendo dita jurídica porque é jurídica. Um verdadeiro mito de origem. Mas o que é, efetivamente, subordinação jurídica? Como explicar a sua origem e sua força quase obrigatória? Sob o ponto de vista metodológico, pode-se pensar paralelamente o projeto de construção do contrato social como mito necessário, tal como o mito da subordinação jurídica, transformado numa espécie de dogma para os juristas, ou seja, um mito racionalizado. Um dogma que vai delimitar a extensão do direito do trabalho. Essa idéia (ou crença) deve ser contextualizada num Estado Democrático de Direito para conferir a sua legitimidade democrática.

A cultura jurídica do direito do trabalho ainda está presa à idéia Romana, ao Iluminismo e à Ilustração. O direito do trabalho é uma utopia do século das Luzes, da modernidade triunfante, quando a reforma e a revolução ainda dividiam o debate. A problemática é que o trabalho assalariado, como o que se conhece hoje, ganhou

forma no século XIX. A partir desse século, vivencia-se um interessante debate de pelos menos duas grandes leituras sobre o lugar do trabalho assalariado na modernidade. Uma que identifica o trabalho como sinônimo de trabalho assalariado (H. Arendt, A. Gorz, D. Méda e J. Habermas), e a outra, para a qual o trabalho assalariado não é a essência do trabalho, que comportaria outras formas (M. Canivet, J. Elster, M. Johada, A. Supiot, Y. Schwarz).¹³⁴ Efetivamente, dentro do modo de produção capitalista, não há como desvincular o trabalho do emprego, pois esta ainda é a forma racionalizada, social e econômica de inserção do trabalhador no mercado de trabalho. Em contraposição à idéia de que o emprego encerra a noção de trabalho, alguns autores defendem que o trabalho ocupa e preenche outras funções (realização pessoal, auto-estima, cria identidade social). A questão central dessa problemática é o valor que se deve atribuir ao trabalho. Essa diferenciação não é meramente conceitual, mas o ponto de partida para várias reflexões sobre o futuro do direito do trabalho.

Para J. Habermas,¹³⁵ o projeto de autonomia do trabalho faliu diante da razão instrumental (técnica) e do Estado Social que levou os trabalhadores a renunciarem à luta.¹³⁶ Paralelamente, há aqueles que pretendem reconstruir o valor do trabalho como integração, realização pessoal e espaço de autonomia fora da empresa e do trabalho assalariado. Nesse relato, três grandes posições podem ser relacionadas: a) defesa do valor do trabalho em atividades socialmente úteis; b) defesa da busca de valorização do trabalho dentro da nova organização do trabalho; c) uma linha de tradição marxista que reafirma a centralidade do trabalho, que na perspectiva de Hegel e Marx, vê o trabalho como a essência do homem.

¹³⁴ BOISSONNAT, Jean. 2015 - Horizontes do trabalho e do emprego, p. 276.

¹³⁵ Ver A nova intransparência.

¹³⁶ É verdade que o projeto da modernidade iluminista faz desaparecer o sujeito como responsável por si mesmo. Tudo ficou delegado à racionalidade técnica. O homem aparece sempre mediado por uma máscara, o que faz com que se desdogmatize da cultura, abrindo espaço para a instalação progressiva do valor de troca pelo de uso. A partir de então "não há mais necessidade de nenhuma justificação. Tudo se move segundo cálculos racionais e matemáticos". Esse processo de dissolução da subjetividade tem ampla recepção na teoria jurídica, que faz do formalismo uma nova arma de racionalização (BARCELLONA, Pietro. *Obra citada*, p. 36-37).

Revive-se, então, o dilema do lugar do trabalho na pós-modernidade: integração ou alienação? Assim, um direito do trabalho que se afirma como emancipatório para o sujeito trabalhador, ao mesmo tempo lhe retira a condição *a priori* de afirmação de sua subjetividade, individualidade, ou seja, a livre manifestação de vontade se vê diante de um dilema. Eis o paradoxo histórico do direito do trabalho. Segundo P. Barcellona, “a modernidade para racionalizar os meios, irracionaliza os fins,”¹³⁷ e, por essa razão, o projeto da modernidade é indiscutivelmente contraditório. Esse paradoxo agora é reinventado no direito do trabalho, onde podem-se catalogar algumas posições contrapostas que ora celebram a modernização capitalista, inevitável e necessária, que esvazia a centralidade do trabalho e seu pilar de regulação (Estado) e, que, por vezes, vislumbram a verdadeira emancipação do sujeito trabalhador frente à autonomia conquistada pelas novas organizações produtivas e o novo conteúdo do trabalho. Por fim, se apresentam leituras nostálgicas à rígida regulamentação à moda fordista do primado da proteção do hipossuficiente.

Talvez, nenhum destes relatos dê conta de fundamentar a complexidade da relação de trabalho, a posição do sujeito de direito e o lugar do espaço-tempo da produção; apenas constatam que se está mesmo diante da perplexidade e de um momento de transição paradigmática.¹³⁸ A partir dessas questões, qual seria hoje o papel do Estado na regulação do trabalho? Por outro lado, é ainda importante e necessário reclamar o cumprimento das promessas da modernidade para o trabalho (igualdade, liberdade e fraternidade)? A fundamentação da subordinação jurídica do trabalhador pelo direito moderno, em que pesem as mutações no ambiente do modo de produção, ainda está implicada no processo de sujeição do trabalhador à dominação legítima (utiliza-se aqui a categoria dominação racional-legal weberiana).¹³⁹

¹³⁷ Idem, p. 97.

¹³⁸ A expressão foi cunhada por Boaventura de Souza Santos (Ver A crítica da razão indolente).

¹³⁹ Dominação entendida como relação de submissão à autoridade. Disse Weber: “La creciente sujeción de todas las personas y situaciones de hecho individuales a un instituto que, al menos actualmente, descansa en principio sobre un ‘igualdad jurídica’ de carácter formal, obedece a dos grandes fuerzas de racionalización[...]”. (WEBER, Max. *Economía y sociedad*, p. 559).

Porém, para além da racionalização do conceito de subordinação jurídica que é adotado pelo direito, é preciso que o direito do trabalho faça uma reflexão sobre as exigências de regulação formal impostas pela sociedade complexa e fragmentária. Toda construção do direito do trabalho não obedece somente a um esquema racional, unitário e indivisível que dê conta de responder a todo o trabalho subordinado.¹⁴⁰ Esse é um legado (ou uma ilusão) do iluminismo jurídico que pretendia, no plano do direito, contemplar o ordenamento com um tratamento unitário. Segundo M. J. L. Pérez, a tradição do direito do trabalho liberal e individualista

Se há mantenido tan sólo una concepción formal de la pretendida 'unidad' del Derecho del Trabajo, sobre la base constituir en centro de imputación subjetiva a los trabajadores y empresarios como sujetos libres e iguales que alcanzan un acuerdo contractual sobre trabajo y salario.¹⁴¹

O legado da unidade fez o direito do trabalho seguir uma estratégia de permanente inclusão das diversas atividades profissionais, numa política clara de impedir a diversificação contratual.

As novas formas de emprego e as novas exigências produtivas, que foram abordadas no capítulo precedente, se apresentam, para o direito do trabalho, como um complexo processo que conduz à fragmentação e à abertura da regulação jurídica do trabalho. Trata-se de um rompimento do contrato de trabalho, que tinha como núcleo organizador um direito estatal do trabalho que, em última análise, caminhava para a máxima concreção do princípio da igualdade e da não-discriminação. A diversificação contratual, crescente pelas várias formas de contratos atípicos (tempo parcial, contratos temporários, subcontratos, entre outros), e o retorno gradual às formas de locação mercantil,¹⁴² ameaçam implodir o contrato

¹⁴⁰ Ver PEREZ, Jose Luis Monereo. *Introducción al nuevo derecho del trabajo*. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo. Valencia: Tirant Lo Blanche, 1996. p. 68-69.

¹⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 69.

¹⁴² É precisa a crítica de U. Romagnoli sobre a crise atual do direito do trabalho, ao afirmar que “el Derecho Del Trabajo vigente se caracteriza porque retorna a lo que se dejó atrás, es decir, la dicotomia polarizadora (rigidez versus flexibilidad) que había ejercizada”. (ROMAGNOLI, Umberto. *El derecho, el trabajo y la historia*. Madrid: CES, 1996, p. 170).

de trabalho construído como “tipo ideal”,¹⁴³ um descritivo do trabalhador subordinado.

As mudanças nas relações sociais e de poder no interior da empresa, que induzem a uma reflexão sobre a dimensão individual e coletiva que o direito do trabalho deve conferir, resultam em complexas questões. Deve o direito do trabalho ampliar o seu campo de aplicação? Se verdadeiro, deve substituir o conceito de subordinação jurídica? Todavia, a definição de estratégias pelo direito do trabalho enfrenta muitas dificuldades. Nunca a tensão entre regulação e prática social foi tão intensa, a ponto de fragmentar todas as modalidades de tutelas erigidas pela regulação. A fragmentação da contratação do trabalho torna o projeto da unificação do tratamento jurídico dos trabalhadores mais distante. Por outro lado, a pretensão de regular a diversidade e a heterogeneidade dos vínculos contratuais, por meio de vários regimes jurídicos, impõe reconhecer uma segmentação de tratamentos, com tutelas distintas, qualificadas pela relação contratual. Seria admitir uma debilidade do direito do trabalho, que acaba por legitimar formas precárias de trabalho, com instrumentos jurídicos que põem em xeque o princípio da igualdade e da não-discriminação. Mas uma postura passiva do direito do trabalho, mantendo-se firme na posição de qualificar ou não um contrato de trabalho pelo modelo tradicional da subordinação jurídica, pode implicar a exclusão gradativa de trabalhadores do direito do trabalho, pois o contrato de trabalho não mais se configuraria como a tendência de valorização da autonomia individual no trabalho.¹⁴⁴ Ou seja, se houver mera resistência do direito do trabalho, não reconhecendo a diversidade da prestação de trabalho, há o risco de se promover a desfiliação de grandes massas de trabalhadores não mais identificados pelo tipo contratual.

¹⁴³ O conceito de Max Weber é utilizado por ele para designar “o conjunto dos conceitos que o especialista das ciências humanas constrói unicamente para fins de pesquisa”. (FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. São Paulo: Forense, 1996. p. 48).

¹⁴⁴ Uma conciliação entre contrato de trabalho e autonomia individual foi defendida por A. Supiot: “Il ne peut donc qu’être affecté par une évolution qui introduit une marge de liberté au sien même du contrat de travail” (Critique du droit du travail, op. cit., 169-170). Em tradução livre do autor, lê-se: “Ele não pode, pois ser afetado por uma evolução que introduz uma margem de liberdade no seio mesmo do contrato de trabalho”.

A questão da subordinação jurídica colocada ao direito do trabalho não é somente de definição dos conteúdos de autonomia e dependência pela técnica da jurisprudência, mas, antes, uma questão de política para o direito do trabalho. É uma opção ao direito do trabalho dizer se pretende regular as formas de trabalho atípicas, se quer promover a segmentação do mercado de trabalho ou valorizar a autonomia e, enfim, possibilitar a fragmentação das tutelas jurídicas. O direito do trabalho é que deve responder com alternativas institucionais políticas, indicando os caminhos. O relatório da comissão Boissonnat indica quatro hipóteses de configurações jurídicas. A primeira, uma adaptação do direito do trabalho, multiplicando a regulamentação segundo as exigências de flexibilidade do mercado de trabalho. A segunda hipótese confere às empresas maior responsabilidade social, abrindo maior espaço para as negociações coletivas que prevaleçam sobre o legislado. A terceira, seria a construção de um novo quadro jurídico, com novas obrigações contratuais, ampliando os direitos sociais aos autônomos, num processo de inclusão social. Por fim, a quarta hipótese propõe enfrentar a diversidade de formas de emprego, reconfigurando o sistema normativo, para acabar com o absenteísmo do modelo jurídico atual.¹⁴⁵

Não bastassem os vários paradoxos históricos que carrega o direito do trabalho (autonomia da vontade, princípio da proteção, entre outros), essas proposições introduzem, agora, novos dilemas (emprego *versus* trabalho; valorização do trabalho *versus* alienação). O problema que subsiste é que o direito do trabalho faz da empresa o espaço privilegiado de observação das tensões e interesses. Por outro lado, todo o direito do trabalho foi organizado e estruturado para regular o contrato de trabalho (emprego). As demandas propostas pelo desemprego forçaram o direito do trabalho a tentar dar respostas para as políticas de desemprego, para as quais não tem nenhuma vocação. Por fim, deve-se lembrar que todo o direito do trabalho está inserido na utopia do sujeito, na idéia do universal e, por isso, não reconhece particularismos e circularidades. Esse, inclusive, é um dos motivos da crise de regulação do Estado e do direito.

¹⁴⁵ BOISSONNAT, Jean, *op. cit.*, p. 137-141.

O pleno emprego, como um dos pilares do direito do trabalho clássico, assenta-se, igualmente, na idéia de um trabalho subordinado. Outra não seria a sua missão, pois é o trabalho subordinado, enquanto construção histórica normativa, que propicia um equilíbrio na distribuição do poder normativo e social, estabilidade prospectiva necessária, segurança frente a eventos imprevistos e manutenção na idade avançada. Por isso, é preciso reconhecer que

Il diritto al lavoro é concepito nelle Costituzioni contemporanee come concreta opportunità per tutti i cittadini di vivere dignitosamente e al riparo dal bisogno grazie all'occupazione stabile nel lavoro subordinato¹⁴⁶.

Paradoxalmente ao amplo processo de constitucionalização do direito do trabalho, que se deu de forma ampla no pós-guerra, onde textos constitucionais passaram a incluir cláusulas de compromisso social, num processo de positivação constitucional, o direito do trabalho se viu diante de uma verdadeira crise de identidade. O reflexo da crise desencadeou o processo de desregulamentação da legislação protetiva, dismantelando toda a estruturação do modelo contratual, provocando um retorno ao contrato como instrumento exclusivo de regular a relação de trabalho.¹⁴⁷ Essa tendência à desregulamentação está provocando a morte do direito do trabalho, levando a abandonar-se o título direito do trabalho em favor de um direito do emprego. São vários os diagnósticos, mas há um problema de identidade do direito do trabalho, o qual teve seu objeto transformado pelas mudanças operadas no trabalho tradicional que regulava, mais especificamente, o trabalho subordinado.

De fato, a leitura da crise tem colocado uma parcela significativa dos juristas numa postura meramente instrumental, presos a uma conjuntura econômica, cuja análise ignora o valor do trabalho humano. Esse utilitarismo lamentável é desprendido de qualquer reflexão sobre a crise da relação de trabalho e, ainda, de uma convicção moral ou ética. O fato é que as mudanças na noção tradicional de

¹⁴⁶ Em tradução livre do autor, lê-se: "o direito do trabalho é concebido na Constituição contemporânea como concreta oportunidade por todos os cidadãos de viver dignamente, conforme suas necessidades graças a uma ocupação estável na relação de trabalho subordinado (MASSIMO, D'Antona. *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?* Sagge Dottrina, 1995. p. 315).

subordinação jurídica, por exemplo, podem, ao contrário de promover a emancipação, estar reinventando formas inéditas de servidão. As novas exigências de qualidade dentro da empresa são um bom exemplo de como a independência fez com que projetos de autonomia recuassem.

Na verdade, o conceito tradicional de subordinação jurídica já congregava inúmeros paradoxos, que eram minimizados pelo formalismo jurídico. O critério da subordinação, justificado como critério distintivo do contrato de trabalho, de fato, considerando que sua prova reclama a demonstração de vários indícios de controle e direção, a subordinação jurídica representa, em essência, a consequência do contrato de trabalho. De outro lado, o critério da subordinação jurídica como condição para aplicação do direito do trabalho, se revelou um critério extremamente restritivo, pois diante da crescente complexidade das formas novas de execução do trabalho, a moldura da subordinação, em não mais havendo aderência aos indícios reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência, vem, gradativamente, expulsando trabalhadores do campo de incidência do direito do trabalho. Por fim, o verdadeiro objeto do contrato de trabalho, qual seja, a colocação da força de trabalho à disposição de outrem, revela, por outro lado, uma concepção extremamente extensiva de domínio do direito do trabalho, de tal sorte que é impossível uma compreensão exata de seu campo de atuação.

O contrato de trabalho individual é que construiu um modelo jurídico de proteção ao trabalhador, vinculado especialmente à sua proteção física e econômica, mediante a limitação da jornada de trabalho, segurança e saúde no trabalho e a garantia de remuneração mínima. Esse modelo de proteção, ancorado no contrato individual, tende a se esvaziar, transferindo a proteção para os direitos fundamentais, reconhecidos coletivamente pelas diversas constituições democráticas. A Constituição brasileira de 1988, por exemplo, consagra, em seu texto, diversos dispositivos relacionados à proteção do cidadão (art. 5º), aos direitos sociais (art. 6º), aos direitos dos trabalhadores (art. 7º) e aos direitos coletivos (art. 8º). Há, indiscutivelmente, uma mudança de paradigma de proteção, pois a proteção contratual do trabalhador, antes vinculada ao status da subordinação, agora alcança a condição de proteção à pessoa e aos direitos da personalidade.

¹⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 312.

Enfim, o contrato não é mais o local exclusivo de garantias ao trabalhador, pois a quase homogeneidade da relação salarial, que perdurou até os anos 80 do século XX, deu lugar à heterogeneidade e à diversidade.

As profundas mudanças no trabalho e em seu regime jurídico nos forçam a refletir sobre uma redefinição estrutural, a partir de novas proposições teóricas e políticas para o direito do trabalho e toda a sua herança, sem, contudo cogitar a hipótese de seu desaparecimento. A noção de subordinação, como critério operacional, precisa incorporar as mudanças no sistema produtivo e a redefinição do papel do Estado na regulação das relações sociais,¹⁴⁸ resgatando a sua origem como realidade sócio-econômica, que possibilitou a construção de um direito do trabalho com o objetivo de proteção do trabalho por conta alheia.

4.2 A PROBLEMÁTICA EUROPÉIA

A edificação da Comunidade Européia pelo Tratado de Roma, ao prever a livre circulação de trabalhadores entre os países membros, abriu um interessante debate em torno da noção de trabalhadores, assalariados, e, também, de uma possível redefinição do critério da subordinação jurídica. Além da exigência de adequação normativa para cumprimento do direito comunitário da livre circulação de pessoas, esse debate se dá em meio às profundas mudanças na organização produtiva. As proposições se dão com vistas a equacionar a imprecisão do critério da subordinação jurídica na nova organização produtiva e a conformação da livre circulação de pessoas, prevista no art. 48 do Tratado de Roma. Dessa forma, o debate europeu em torno da noção de subordinação jurídica se dá, de um lado, por uma prática legislativa e jurisprudencial e, por outro, por uma reflexão prospectiva sobre o futuro do direito do trabalho na União Européia.

¹⁴⁸ Por outro lado não podemos celebrar acriticamente as mudanças, pois como disse J-C Javallier tudo não passa de uma estratégia patronal para desestabilizar a proteção social e a organização coletiva dos trabalhadores, que têm como pano de fundo reformar o direito do trabalho, construído como um direito da desigualdade (JAVALLIER, Jean-Claude. *Le future de la subordination...*, *op. cit.*, p. 41).

4.2.1 O contrato de atividade

O relatório da comissão presidida por J. Boissonnat, de 1995, sob o título *Le travail dans vingt ans* (o trabalho em vinte anos), reproduz as diversas questões do emprego, desemprego e regulação do trabalho na sociedade francesa, fazendo, ao final, reflexões e proposições ao debate sobre o trabalho e emprego no horizonte de 2015.¹⁴⁹ Sem dúvida, o Relatório Boissonnat representa a síntese do discurso em prol de reformas nas formas de emprego e no direito do trabalho francês. Já, no prefácio, o relatório é enfático: “Não é o trabalho que falta. O que nos falta é clarividência para compreender que o trabalho está mudando radicalmente e que não temos imaginação bastante para organizá-lo de outra forma.”¹⁵⁰ O Relatório faz a defesa de novas formas de regulação do trabalho, fazendo com que o direito do trabalho considere a evolução social, técnica e econômica, ampliando assim o quadro da relação de emprego.

Sem dúvida, a grande proposição do relatório é o chamado “contrato de atividade”. O argumento é de que apesar de todas as mutações verificadas no emprego, não se pode esquecer que o contrato de trabalho atende as expectativas de integração social e realização de acesso à autonomia. Realizar uma atividade útil é o que se deseja. Nesse sentido, o contrato de atividade conciliaria uma demanda de autonomia e o desejo de mobilidade e, ainda, tende a reconstruir a eficácia do direito do trabalho e reconciliar a proteção social. Com isso, o objetivo do contrato de atividade é o de uma ampliação do âmbito de aplicação do direito do trabalho para incluir situações econômicas e sociais localizadas fora da empresa, e que, nos estreitos limites do contrato individual de trabalho, não se acham contempladas.¹⁵¹ A ampliação do contrato se daria em relação ao objeto do contrato, tempo do contrato e o campo pessoal.

¹⁴⁹ No Brasil o Relatório da Comissão foi publicado como “2015: Horizontes do Trabalho e do Emprego”, 1998.

¹⁵⁰ BOISSONNAT, Jean, *op. cit.*, p. 11.

¹⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 238-239.

O “contrato de atividade” constituiria, assim, um novo modelo contratual da relação de emprego, o que pode ser sistematizado da seguinte forma:

- a) acesso ao emprego formal e à formação durante um período mínimo, com um engajamento mínimo, de acordo com o interesse das empresas, que possa garantir uma renda conveniada e proteção social;
- b) o contrato de atividade como assimilação progressiva do regime dos estagiários e da formação profissional ao do trabalho assalariado;
- c) aproximação de direitos nos regimes de trabalho autônomos e de trabalho assalariado, o que se daria pela ampliação da relação contratual, possibilitando, inclusive, a instituição de um coletivo de responsáveis econômicos e sociais composto de uma pluralidade de empregadores participantes de um grupo de empresas;
- d) o direito do trabalho deveria definir o contrato de atividade como “útil à produção” e mesmo “socialmente útil”;
- e) reconhecer os empregadores no contrato de atividade como um grupo comprometido com os trabalhadores (responsabilidade social);
- f) fixar as condições essenciais de formação, execução e rescisão do contrato de atividade;
- g) definir a possibilidade de mobilidade geográfica, interempresas, profissional, alternância de trabalho com formação e atividade social ou economicamente útil;
- h) definir renda para o contrato durante o engajamento;

- i) definir a natureza jurídica da renda do contrato atividade.¹⁵²

Está implícito na proposta do contrato de atividade que o problema de operacionalidade do direito do trabalho está relacionado à definição restrita do trabalho subordinado, propugnando, assim, um alargamento do conceito para contemplar o trabalhador no mercado de trabalho. Esse é o esforço empreendido pelo contrato de atividade, ainda no plano do debate na sociedade francesa. O grande mérito do relatório é sua opção pela regra homogênea, aplicável a todas as situações de trabalho no mercado, reguladas também por um direito do trabalho uniforme que refunde a proteção social daqueles que trabalham numa condição de dependência. Nessa direção, a proposta redefine o direito do trabalho por meio de uma (re)conceituação da condição do assalariado ou, em outros termos, da noção de subordinação.

4.2.2 O status profissional

O importante Relatório Supiot sobre o futuro do trabalho na Europa é o resultado de pesquisas de um grupo de experts europeus, que teve início em 1996. As reflexões do relatório visavam a propor alternativas construtivas para os países integrantes da Comunidade Européia, numa perspectiva interdisciplinar, sobre o futuro do trabalho e do direito do trabalho. O relatório divulgado sob o título “Au delà de l'emploi: transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe”, publicado em 1999, representa uma tentativa de suplantar as dificuldades de conciliação das questões transnacionais e transdisciplinares. Cinco temas são abordados pelo relatório:

- a) Trabalho e poder privado;
- b) Trabalho e status profissional;
- c) Trabalho e tempo;
- d) Trabalho e organização coletiva;

¹⁵² BOISSONNAT, Jean, *op. cit.*, p. 243-244.

e) Trabalho e poder público.¹⁵³

O Relatório Supiot propõe também reconstruir um direito geral de trabalho que assegure regras comuns a todas as situações de trabalho. Isso implicaria substituir todo o direito do trabalho fundado na condição do emprego para dirigir-se à pessoa do trabalhador, trabalhando com a noção de “status profissional”. Para R. Castel, a problemática, já proposta pelo Relatório Supiot, aponta duas alternativas para a regulação jurídica. A primeira, seria uma reconstrução do direito do trabalho a partir de bases totalmente diferentes, que levasse em consideração o estatuto pessoal do trabalhador e não as situações de trabalho. A segunda, seria manter as garantias de emprego, e desenvolver novas formas jurídicas de regulação do trabalho, para proteger as mais diversas situações de trabalho.¹⁵⁴

A proposta visa a criar um modelo jurídico aplicável a todo tipo de relação de trabalho por meio da figura do “status profissional”, que assegure e garanta proteção ao trabalhador nas diversas posições que venha a ocupar no mercado de trabalho. Essa conclusão decorre da reflexão travada pelo relatório em torno da seguinte questão: como conciliar as condições necessárias para a produção de riquezas e a proteção daqueles que a produzem? A resposta do relatório é a criação do chamado “status profissional” do trabalhador empregado, como um novo compromisso social.

O grande mérito do relatório, sem dúvida, é o esforço de compreensão das transformações do mundo do trabalho e as suas implicações com a regulação do trabalho. Nessa linha, o relatório compreende o processo de esvaziamento do direito do trabalho como forma de organização coletiva, diante da crescente individualização do trabalho, que valoriza a autonomia, rompendo com o esquema

¹⁵³ O Relatório Supiot constitui um grande esforço empreendido para um mapeamento sobre as transformações e o futuro do trabalho e do direito do trabalho na União Européia, numa perspectiva transdisciplinar. O relatório produzido em 1997, coordenado por A. Supiot, professor da Universidade de Nantes (França), teve a participação de outros oito especialistas: M. E. Casas, J. de Munk, P. Hanau, A. Johansson, P. Meadows, E. Mingione, R. Salais e P. V. der Heijden.

¹⁵⁴ CASTEL, Robert. Droit du travail: redéploiement ou refondation?. *Droit social*, n. 5, p. 438-442, maio 1999.

clássico da subordinação. Ao contrário da proposta de adaptação do direito do trabalho, com a criação de outras figuras contratuais e outras formas de emprego, o relatório propõe reconstruir o direito do trabalho com a instituição de uma espécie de “direito comum do trabalho”, aplicável às diversas situações de trabalho. A chave dessa proposta está em substituir a proteção social, hoje vinculada ao emprego, por uma proteção permanente relacionada à pessoa do trabalhador, que compreenda não somente os períodos de trabalho, mas todos os períodos da vida do trabalhador, como a formação profissional e os intervalos entre um contrato e outro. Essa noção é que propiciou a idéia de “status profissional”.

A viabilização dessa proposta, certamente, implicará numa ampla refundação do direito do trabalho e da seguridade social. Na proposta do relatório, a noção de subordinação jurídica sofreria uma solução radical, com a superação da imprecisão resultante de um modelo técnico-operacional, que veicula um conceito estreito da noção jurídica da subordinação, na delimitação do contrato de trabalho. A importância da subordinação não é somente a qualificação do contrato, mas o acesso à proteção social, com destaque para a Seguridade Social. Pelo modelo atual, é o contrato de trabalho que representa o passaporte de livre trânsito na proteção social, já que os “sem contratos” não gozam de direitos, com exceção de alguma proteção da Previdência.

A outra grande mudança, que propiciaria o modelo de “status profissional”, é a de equacionar o dilema histórico do sujeito de direito vinculado ao contrato que, no direito do trabalho, como visto, o trabalho e o trabalhador são objetos do contrato, apesar da construção fundada numa relação obrigacional. Se o status é que justifica o acesso aos direitos de cidadania e aos direitos fundamentais, não somente a subordinação perde o lugar central, assim como surge uma série de possibilidades de articulações e de garantias fora do estreito limite de uma relação contratual privada.

4.2.4 Crítica ao debate europeu

Tanto o Relatório Boissonant quanto o Relatório Supiot devem ser contextualizados dentro da problemática europeia de transição para o mercado comum europeu. Por essa razão, ambos os relatórios, apesar da leitura interdisciplinar, se dirigem à reconstrução de uma estabilidade do emprego na União Europeia.¹⁵⁵ Além disso, reproduzem uma visão europeia, a partir da problemática desses países. A conjuntura europeia está voltada à construção de um Mercado Comum, que implica um novo mercado comum de trabalho, resultando daí a exigência de uma regulação nova que compatibilize o desejo de integração econômica com uma nova regulação do mercado de trabalho. Apesar de estarmos inseridos num mesmo contexto de transformações do trabalho, obviamente elas não se dão na mesma dinâmica.

Feita esta observação, é preciso reconhecer que os relatórios contêm uma proposta reconstrutiva do direito do trabalho na defesa do “contrato atividade” (Relatório Boissonnat) e do “status profissional” (relatório Supiot). Mas a relação de emprego, preconizada pelas duas propostas, é de reconstrução das velhas garantias estatutárias do direito do trabalho, antes asseguradas pelo contrato padrão, porém fora do modelo da relação de emprego. Ou seja, as propostas abandonam a tradição do contrato típico, para defender a proteção para todas as atividades, a formação profissional, doméstica, de colaboração ou associativa.

O Relatório Supiot se destaca por uma proposição de modelo jurídico novo, com nova sistematização. Faz, a partir do conceito de “atividade”, a reconstrução do direito do trabalho, uma nova e renovada síntese entre a natureza estatutária e contratual do trabalho.¹⁵⁶ O “status profissional” tem a única função de substituir a

¹⁵⁵ Essa leitura crítica foi muito bem posta pelo economista C. RAMAUX ao desnudar que as duas propostas estão contaminadas por um projeto de mercado comum e pelo *a priori* duvidoso da instabilidade do emprego. (*L'instabilité de l'emploi est-elle une fatalité ? Une lecture économique critique du rapport Boissonnat, du rapport Supiot et des travaux sur les marchés transitionnels. Droit social*, n. 1, p. 66-76, jan. 2000).

¹⁵⁶ É explícita no Relatório essa articulação: “Cette enquête permet de déceler l'émergence de droits et des catégories juridiques nouvelles, que sont autant de signes de la gestation d'un statut des

função do emprego na nova estruturação estatutária, ou melhor, a proteção social, antes vinculada ao emprego, passa a ser dirigida à pessoa do trabalhador. O “contrato de atividade” do Relatório Boissonnat propõe uma reconstrução pela “atividade”, o que o relatório Supiot recusa por reputar ser uma noção jurídica muito ampla.

No seio das duas propostas, no entanto, está a idéia de uma reconciliação entre as novas exigências de liberdade individual com a proteção social, justificada como imposição da liberdade de escolha individual de atividades profissionais, que contemple as atividades dependentes ou independentes e a formação profissional. A reconstrução, apesar de ser apresentada como um novo estatuto, ao propugnar um direito do trabalho flexível, ajustado às diversas atividades profissionais, segundo um fundamento da liberdade individual, revela um paradoxo. Ao reconhecer a fragmentação das diversas modalidades contratuais, estão se valorizando a individualização do trabalho e as práticas de contratos de trabalho atípicos, por meio de uma ampliação da flexibilidade da contratação do trabalho, entre elas a subcontratação, o trabalho autônomo, trabalho em domicílio e a formação profissional. O grande risco, aqui, é que em nome de uma transição econômica, sob o argumento de ampliar o direito do trabalho, estar-se-ia admitindo um recuo na proteção social, uma precarização do contrato de trabalho em tempo pleno, que até agora cumpria a tarefa (ou a promessa) de conferir um emprego estável.

Contudo, a argumentação é bastante contraditória. Apesar de denunciar a instrumentalização do direito do trabalho pelo mercado financeiro, a moldura jurídica, propugnada pelo Relatório Supiot, aceita a dualização do emprego, com uma proposta muito próxima à defesa da redução dos custos do trabalho e do livre desenvolvimento do trabalho flexível, que faz parte de uma política neoliberal.¹⁵⁷ Ou

travailleurs que ne repose plus sur la detention d'un emploi, mais sur la continuité d'un état professionnel au-delà de la diversité des employes occupés. (SUPPIOT, Alain. *Au-delà de l'emploi*, op. cit., p. 57). Em uma tradução livre do autor, lê-se: “Esta investigação permite revelar a emergência de direitos e de categorias jurídicas novas, que são tanto manifestações da gestão do status dos trabalhadores que não repousa mais sobre a aquisição de um emprego, mas sobre a continuidade de um status profissional fora da diversidade dos empregos ocupados”

¹⁵⁷ A leitura de C. Ramaux, fazendo referências ao relatório, é que “Il s'agit, en substance, de favoriser en permanence l'adaptation qualitative (en termes de formation, de compétence, etc.) de la main-d'œuvre. Selon le rapport Supiot, l'état professionnel des personnes doit ainsi permettre de garantir l'efficience et le développement de leurs capacités de travail” (p. 287). Aux politiques de l'emploi

seja, embora se oponha à proposta neoliberal de flexibilização das regras do direito do trabalho, propõe exatamente uma adaptação e uma flexibilização do contrato de trabalho às novas organizações produtivas e à mobilidade do trabalho.

Mas a maior problemática, ainda, diz respeito à argumentação sobre a subordinação jurídica. Para o Relatório Supiot, a noção tradicional de subordinação jurídica não responde mais à autonomia do trabalho, às novas tecnologias e às novas formas de administração participativa.¹⁵⁸ Isso o fez conceber como solução um modelo jurídico estatutário fora da noção moderna de emprego (*“au-delà de l’emploi”*). No entanto, não se justificou porque não se pensou em reconhecer a noção de dependência econômica na relação salarial, alargando a noção jurídica de subordinação, pois se sabe que além da subordinação formal, há possibilidade de fundamentação de uma subordinação real daquele que vende a força de trabalho.¹⁵⁹ Em síntese, o Relatório Supiot é uma aposta de que não mais teremos estabilidade do emprego e, ainda, da defesa da fragmentação definitiva da relação salarial.

Por fim, no plano sociológico, a idéia de *“status”* remete a um novo processo de *“individualização social”*. J. Habermas chamou a atenção para os riscos dessa

axées sur la réduction du coût du travail, il oppose le déploiement d’une ‘politique du travail’ visant à améliorer le ‘potentiel humain’(p. 278-279), qui passerait notamment par une ‘aide à la personne centrée sur le développement de ses capacités au travail flexible’(p. 281). Du principe du droit à l’emploi on passerait ainsi à la ‘reconnaissance d’une liberté professionnelle’ que doit s’entendre comme la ‘chance offerte à chacun de pouvoir vivre d’un travail que exprime au mieux ses aspirations et talents propres’(p. 236). (RAMAUX, Christophe, *op. cit.*, p 70). Em uma tradução livre do autor, lê-se: “Ele propõe, em sustância, favorecer a permanente adaptação qualitativa (em termos de formação, de competência, etc) da mão-de-obra. Conforme o relatório Supiot, o status profissional das pessoas deve assim permitir garantir a eficiência e o desenvolvimento de suas capacidades de trabalho (p. 287). Às políticas de emprego fundadas na redução do custo do trabalho, ele opõe o desdobramento de uma ‘política de trabalho’ visando a melhorar o potencial humano (p. 278-279), que passaria notadamente por um ‘ajuda à pessoa centrada sobre o desenvolvimento de suas capacidades ao trabalho flexível’(p. 281). Do princípio do direito ao emprego passaremos assim ao ‘reconhecimento de uma liberdade profissional’ que deve se entender como a ‘sorte de cada um de poder viver de um trabalho que exprime ao melhor de suas aspirações e talentos próprios”’(p. 236).

¹⁵⁸ SUPPIOT, Alain. *Au-delà de l’emploi*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁵⁹ A nova noção de dependência econômica “reconnaitre comme salariés tous ceux qui avaient besoin de la protection des lois sociales, qu’ils travaillent sous les ordres de leurs employeur ou que, seulement, leur subsistance dépende de lui” (COUTURIER, Gerard, *op. cit.*, p. 102). Numa tradução livre do autor, lê-se que a nova noção de dependência econômica “reconhece como empregados todos aqueles que tenham necessidade de proteção social, que trabalham sob as ordens de seus empregadores ou que, somente deles dependam para sua subsistência”.

compreensão, ao assinalar que “quem segue por este caminho, compreendendo a dissolução dos mundos vitais tradicionais apenas como o outro lado da inclusão específica e funcional de indivíduos: a individualização social isola ou singulariza, porém, não individua no sentido enfático.”¹⁶⁰ E citando U. Beck, diz J. Habermas que “individualização” não pode ser associada à “individuação”, como sinônimos de personificação, singularidade, emancipação, e conclui: “a eliminação de formas sociais dadas anteriormente e a perda de seguridades tradicionais, portanto, o desencantamento e a liberação podem dar um empurrão não somente em direção à singularização de indivíduos socializados noutra parte, mas também em direção a ‘um novo tipo de ligação social’”.¹⁶¹ Ou seja, a proposta de “status” ou de “atividade” pode remeter a uma individualização, a uma nova estratificação social, que vincula o trabalho a um “*continuum* de posições sociais” ajustado e redirecionado ao rompimento da dimensão coletiva do trabalho.¹⁶²

Como se vê, as propostas de ampliação do direito do trabalho, por meio de um alargamento dos conceitos de “atividade” ou “*status*”, apesar de terem como ponto de partida a reconstrução do direito do trabalho, oferecem enorme risco, pois a promessa de maior inclusão e autonomia pode não se concretizar. Além do mais, a subordinação, antes vinculada ao emprego apenas se deslocaria para uma dependência do mercado de trabalho e da proteção social. Os impasses quanto à definição de um novo critério para delimitar o âmbito do direito do trabalho tendem a continuar latentes.

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 231.

¹⁶¹ *Idem, ibidem*.

¹⁶² Esses conceitos são bem trabalhados na sociologia. Ver a respeito STAVENHAGEN, Rodolfo. *Estratificação social e estrutura de classes*. Rio de Janeiro: Zahar, 1971, p. 133-170, onde trabalha os vários problemas relacionados à estratificação, especialmente o rompimento com a idéia de classe social e a prevalência de uma estratificação pelo status.

4.2.5 A prática da subordinação jurídica na Europa

O debate da subordinação jurídica, atualmente, se dá num nível prático e muito real em relação a outros tempos. Devido à crescente racionalização e instrumentalização do direito do trabalho pelas exigências econômicas, o tema perdeu o grande interesse teórico. Assim, é de grande importância um exame do desenvolvimento da prática do critério da subordinação em alguns países europeus.

Atenta às dificuldades de uma definição ontológica do assalariado e às deficiências da formulação entre trabalho autônomo e independente, a Itália criou, pela Lei n. 544 de 1973, a figura do “parasubordinado” (parasubordinazione), funcionando como critério aberto concernente às relações de colaboração que se concretizam dentro de uma prestação de trabalho continuado e coordenado, de natureza pessoal, mesmo se não caracterizada a subordinação. Prevista, atualmente, no artigo 409, n. 3, do Código de Processo Civil italiano, a relação de “parasubordinação” corresponde a uma série de contratos de trabalho qualificados como de colaboração coordenada e continuativa. O “parasubordinado” é figura intermediária entre o empregado e o empregador, consistente num trabalho prevalentemente pessoal em caráter de colaboração, contemplando atividades como as de representante comercial ou agência. A principal importância dessa lei foi a de garantir proteção social ao “parasubordinado” em questões de higiene e saúde do trabalho, além de uma disciplina tributária e previdenciária diferenciada.

A qualificação do trabalho parasubordinado se dá pelos elementos: colaboração; coordenação; continuidade; natureza prevalentemente pessoal da prestação. A colaboração implica a não inserção do trabalhador na estrutura hierárquica da empresa. A coordenação significa uma concessão funcional entre a atividade de prestação e o interesse do comitente. Goza de autonomia organizativa, de lugar e tempo de trabalho; porém, a atividade laborativa deve comunicar-se e coligar-se funcionalmente e estruturalmente com a organização produtiva da empresa. A continuidade, segundo a jurisprudência italiana, indica que o trabalho

não pode ser ocasional, mas uma prestação habitual. Por ser prevalentemente pessoal, exclui-se a prestação que assume caráter de atividade empreendedora que utilize trabalho dependente na empresa.

A criação da figura do parasubordinado, na Itália, revela, primeiro, um esforço de expansão do direito do trabalho para algumas atividades que, no modelo clássico da subordinação, poderiam ser qualificadas como autônomas e independentes. Além disso, funciona como mecanismo técnico-funcional para equacionar a qualificação daquelas atividades híbridas ou localizadas nas chamadas zonas fronteiriças, de tal sorte que não se ajustam à condição de autônomas ou de independentes. A questão é que o reconhecimento do parasubordinado implicou a admissão de uma fragmentação na relação de trabalho.¹⁶³

O momento rico dessa discussão vem se dando com o processo de criação da União Européia. O Tratado de Roma faz referências à livre circulação de pessoas nos países da comunidade européia (art. 58), à higiene e segurança no trabalho (art. 118 A), à igualdade de remuneração entre os sexos (art. 119), com várias alusões ao trabalho assalariado, à formação profissional, ao acesso ao emprego e ao contrato de trabalho; porém, sem oferecer uma definição jurídica do trabalho assalariado ou mesmo um conceito do contrato de trabalho.¹⁶⁴ A regulamentação das tratativas nos diversos países da União Européia e a jurisprudência da Corte de Justiça têm analisado a relação de trabalho assalariado de forma ampla, numa perspectiva contratual e também estatutária. A jurisprudência da Corte de Justiça, ao analisar o art. 48 do Tratado, para definir a noção de trabalhador, tem colocado, em primeiro plano, o trabalho como caráter de troca econômica do trabalho pela

¹⁶³ No Brasil já se chegou a justificar a existência da parasubordinação, como fez M. T. Viana ao reconhecer que: "O conceito de subordinação, que era unívoco e se ampliava sempre, alcançando um número crescente de pessoas, tende hoje a se partir em dois: de um lado, os realmente dependentes, aos quais se aplicariam as velhas garantias; de outro, os parassubordinados, para os quais se procuram soluções a meio caminho[...]" (Ver VIANA, Marcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado. *Revista a Faculdade Mineira de Direito*, v. 3, n. 5/6, p. 183, [19--]).

¹⁶⁴ A. Supiot atribui a essa lacuna o fato de que a Comunidade Européia foi instituída sob a ideologia de criar um grande mercado de trabalho. (SUPIOT, Alain. *Critique du droit...*, op. cit, p. 24).

remuneração e, somente depois é que se detém na discussão do enquadramento da condição de empregado pela noção de subordinação.¹⁶⁵

Essa jurisprudência, ainda da década de 80, introduziu uma inovação na noção jurídica de empregado, pois passa a compreender também os períodos de formação profissional, seguindo uma orientação utilizada pela Previdência Social, que, gradativamente, contempla, para fins de proteção, os períodos entre um e outro vínculo contratual. A análise de que a Corte de Justiça ampliou o conceito de empregado é feita também por G. Lyon-Caen, “le travailleur salarié est ainsi caractérisé par la Cour de Justice, non par le contrat, mais par la profession; non par le seule activité subordonnée mais aussi par la couverture sociale”.¹⁶⁶ Dois grandes impactos teve essa reorientação na Europa: a) uma aproximação do trabalho independente ao trabalho dependente, e; b) inclusão dos períodos de formação profissional na relação de trabalho. Ou seja, novamente se rivalizam concepções contratuais e estatutárias na definição da relação de trabalho. É verdade que o critério do poder de direção, ainda, é o que distingue uma relação contratual de trabalho subordinado, mas sem dúvida perderam interesse, no direito comunitário, os indícios do caráter oneroso da relação e a identificação da prestação de trabalho em proveito de terceiro beneficiário.

O debate europeu, em torno do critério de definição de empregado pela subordinação jurídica, situa-se entre uma prática legislativa e jurisprudencial que tende a reduzir o campo de aplicação do direito do trabalho e, por outro lado, uma

¹⁶⁵ Decidiu a Corte de Justiça, com base no artigo 48 do Tratado de Roma que a noção de trabalhador “doit être définie selon des critères objectifs qui caractérisent la relation de travail, en considération des droits et devoirs des personnes concernées, et la caractéristique essentielle de la relation de travail et la circonstance qu’une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d’une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération” (*Apud* SUPLOT, Alain. *Critique du droit...*, *op. cit.*, p. 24). Em tradução livre do autor, lê-se “deve ser definida conforme critérios objetivos que caracterizem a relação de trabalho, em consideração dos direitos e deveres das pessoas envolvidas, e a característica essencial da relação de trabalho é a circunstância que uma pessoa executa, durante um certo tempo, em favor de uma outra e sob a direção desta, da qual, como contraprestação ela recebe uma remuneração”

¹⁶⁶ Em tradução livre do autor, lê-se “o trabalhador assalariado é assim caracterizado pela Corte de Justiça, não pelo contrato, mas pela profissão; não somente pela atividade subordinada, mas também pela proteção social (LYON-CAEN, Gerard. *Le droit du travail non salarié*. Paris: Sirey, 1990. p. 80).

proposta de ampliação do direito do trabalho, com a adoção de outros critérios para a definição da subordinação jurídica.¹⁶⁷

Porém, em cada país, ainda subsiste uma discussão doutrinária, legislativa e jurisprudencial peculiar em torno da definição da noção de subordinação jurídica. Na França, a subordinação jurídica é ainda o critério distintivo do contrato de trabalho, compreendido como as condições objetivas de prestação de trabalho submetido às ordens de quem o remunera. A jurisprudência francesa é que, na prática, tem a função de qualificar o contrato de trabalho, caracterizado pela idéia de dependência. A grande evolução da jurisprudência francesa foi a adoção pela Corte de Cassation, a partir da década de 60, dos critérios de inserção num serviço organizado e a participação na empresa de outrem.

Na Alemanha, utiliza-se, ainda, a noção de “dependência pessoal” para distinguir o trabalho subordinado do trabalho autônomo, mas a jurisprudência se vale do critério positivo para verificar a integração do trabalhador numa organização produtiva controlada por um terceiro, e, por outro lado, um critério negativo, para verificar se o trabalhador atua por conta própria, valendo-se de indícios como, por exemplo, se tem clientela própria, para definir se tem semelhanças ou não com a condição de empreendedor.

Na Espanha, a jurisprudência tem se valido do conceito de dependência, como a prestação de trabalho subordinado em proveito da empresa. Essa jurisprudência tem origem na interpretação do Estatuto dos Trabalhadores espanhóis,¹⁶⁸ permitindo a ampliação do conceito de dependência para as diversas situações que impliquem o trabalho inserido no âmbito organizativo alheio, seguindo, assim, a experiência francesa da noção de inserção num serviço organizado. Portugal possui conceito de subordinação disciplinado em lei (Lei 49/408, de 24.11.69, art. 1º), relacionado à idéia de autoridade e direção. A jurisprudência

¹⁶⁷ SUPIOT, Alain. *Au-delà de l'emploi.*, *op. cit.*, p. 41-42.

¹⁶⁸ O artigo 1.1 do Estatuto dos Trabalhadores estatui que “los trabajadores que voluntariamente presten servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro Del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o juridical, denominada empleador o empresario”.

inglesa introduziu recentemente um novo critério na definição de empregado, a mutabilidade da obrigação.

Desde a década de 70, na Europa, se discute uma solução legislativa e jurisprudencial para os trabalhadores localizados entre a autonomia e a dependência. A Itália foi o país que primeiro reconheceu a existência de trabalhadores não subordinados e não autônomos, localizados nas “zonas fronteiriças”, o que levou a introduzir mudança na legislação para contemplar o trabalho “parasubordinado” (parasubordinato), permitindo-se a aplicação parcial do direito do trabalho àqueles que se revelam autônomos, porém guardam características de dependência econômica.

Na Alemanha, uma lei de 1974, ao disciplinar o contrato coletivo, criou um modelo muito semelhante ao definir o trabalhador quase-empregado ou quase-subordinado. O quase-empregado é definido como o trabalhador juridicamente autônomo, porém economicamente dependente e, assim, justifica-se a necessidade de uma tutela semelhante à conferida ao trabalhador subordinado. O recurso ao velho critério da dependência econômica reaparece também na doutrina alemã,¹⁶⁹ porém, agora justificado como instrumento para impedir que não haja uma perda crescente de trabalhadores do âmbito de aplicação do direito do trabalho. O argumento utilizado é de que a subordinação jurídica não é o fundamento da proteção, mas sim a dependência econômica de um só empregador. Além disso, a sujeição não mais pode ser considerada para fins de subordinação jurídica.¹⁷⁰

Um contragolpe no processo de ampliação jurisprudencial e legislativa do direito do trabalho se deu na lei francesa, com a edição da lei conhecida como a “Lei Madelin”, de 11 de fevereiro de 1994, que passou a adotar um critério restritivo da qualificação de empregado, ao introduzir o instituto da “presunção de não subordinação”. A partir dessa noção, a lei autoriza a adoção da presunção da inexistência de relação de emprego, caso o trabalho executado tenha se dado por

¹⁶⁹ Essa foi a tese defendida pelo Prof. Rolf Wank, in “Arbeitnehmer und Selbständiger”, em 1988.

¹⁷⁰ SUPIOT, Alain. Les nouveaux visages de la subordination. *Droit Social*, n. 2, p.131-145, fev. 2000.

pessoa registrada perante a Seguridade Social como trabalhador autônomo. A “Lei Medelin” sofreu pesadas críticas, pois ao valorizar a vontade das partes para a qualificação do contrato, impôs um retrocesso na disciplina do direito do trabalho. Na verdade, essa técnica coloca fora do direito do trabalho grande parcela de trabalhadores ocasionais e intermitentes.

A problemática europeia, desde a discussão sobre o enfrentamento das “zonas fronteiriças” entre o trabalho autônomo e o trabalho subordinado, apesar da experiência legislativa italiana do “parasubordinado”, perdura ainda em meio às novas exigências de definição de um critério legal ou jurisprudencial seguro. A grande novidade, nesse contexto, é a livre circulação de pessoas, prevista pelo mercado comum europeu. Enquanto a discussão se restringia às fronteiras entre empregado e autônomo no âmbito de cada país, com a criação da União Europeia e a crescente diluição da noção de subordinação jurídica, abriu-se uma nova articulação entre trabalho autônomo e subordinado, indicando uma perspectiva de uma possível construção de um direito comum do trabalho, via um direito profissional, suplantando, assim, o velho modelo jurídico do trabalho assalariado. Os objetivos da livre circulação de pessoas têm levado a Corte de Justiça da Comunidade Europeia a entender que o conceito de trabalhador assalariado não pode ter uma interpretação restritiva. Esse panorama mostra como, nas últimas décadas, a prática se revelou extremamente importante, mais do que cem anos de teoria.

4.3 A REDEFINIÇÃO DAS NOÇÕES DE AUTONOMIA E DE SUBORDINAÇÃO

O diagnóstico da tensão na regulação aponta para a necessidade de uma revisão ou uma refundamentação do critério de subordinação jurídica, sem que haja, no entanto, um retorno à clássica autonomia contratual ou redução das fontes

legislativas, de tal forma que isole por completo a regulamentação. Não se pode ignorar que o direito do trabalho já faz parte da consciência coletiva dos trabalhadores, representa uma tradição e uma prática política.¹⁷¹ Esses pressupostos devem compreender a nova e complexa identidade do trabalho.

A noção de subordinação continua válida como critério jurídico, pois os argumentos em favor de sua subsistência não se esgotaram. Pode-se, ainda, catalogar vários argumentos que sustentam a noção de subordinação jurídica. O primeiro, é inegável que a condição de subordinação continua sendo inerente à relação de trabalho, e somente isso justifica um direito do trabalho, pois não teria outra função senão a proteção ao empregado. Essa condição de subordinação intrínseca ao direito do trabalho foi bem enunciada por Th. Aubert-Monpeyssen, ao afirmar que: “[...] ainsi l’existence même d’un droit du travail, dont l’une des caractéristiques, sinon la seule, est d’être un droit de protection du salarié, constitue une atténuation de la subordination inhérente aux rapports de travail.”¹⁷² O segundo é que, mais do que uma condição, que é peculiar à relação de trabalho, o termo subordinação jurídica é rico de virtudes, pois sintetiza a condição exata do trabalhador ao referir-se imediatamente à noção de dependência pela condição de assalariado. O terceiro, deve-se reconhecer que é a subordinação jurídica que demarca a história de luta e de construção do direito laboral, tendo papel decisivo na elaboração de um direito social, representando um “moteurs de la lutte ouvrière”.¹⁷³ Por fim, a subordinação jurídica não mascara uma relação de sujeição do trabalhador ao empregador, ao contrário, a reconhece. A subordinação jurídica é que dá a noção clara de conflito social, “et c’est parce qu’elle synthétisait les éléments d’une situation fondamentalement différente de celles qui étaient régies après le code civil qu’elle s’opposait à la transposition en droit du travail des

¹⁷¹ D'ANTONA, Massimo, *op. cit.*, p. 318.

¹⁷² Em tradução livre da autora, le-se: “[...] assim a existência mesmo do direito do trabalho, cuja uma de suas características, senão a única, é ser um direito de proteção do assalariado, constitui uma atenuação da subordinação inerente à relação de trabalho” (AUBERT-MONPEYSEN, Therese. *op. cit.*, p. 87).

¹⁷³ Em tradução livre da autora, lê-se: “um motor da luta operária” (*Idem, ibidem*).

princípios civilistas.¹⁷⁴ Ou seja, a realidade sócio-econômica que deu origem à subordinação ainda se revela presente.

Reconhecidas as virtudes da noção de subordinação jurídica, em que sentido pode-se falar, então, numa crise do critério da subordinação? Para J-C Javallier, a crise da noção de subordinação está relacionada à crise da modernidade, que coloca inúmeras questões aos juristas, pautadas por uma normatividade entre prática jurídica e a relação entre prática econômica e social.¹⁷⁵ Essa mediação é feita no direito do trabalho, especialmente pela pressão do setor produtivo (as empresas) em impor uma cultura da mudança, fazendo com que haja uma dissociação cada vez maior entre prática social e prática jurídica. Por isso, a justificável irresignação de J-C Javallier contra a instrumentalização do direito do trabalho: “Le droit ne saurait être réduit à quelque instrument – ou pire encore, boîte à outil dans un supermarché de la gestion des entreprises – qu’on saurait fabriquer, non plus qu’adapter, à la demande du moment, de l’instant.”¹⁷⁶ A crítica aqui é dirigida aos defensores de um direito do trabalho ajustado aos imperativos das constantes mutações econômicas conjunturais. A questão essencial está centrada entre proteção social e atividade econômica, onde o contrato de trabalho ainda é o mecanismo de inserção e de reinserção dos excluídos.¹⁷⁷

Várias são as propostas para uma renovação do direito do trabalho com vistas à sua maior eficácia e operacionalidade, todas tematizadas em torno da questão da delimitação para o trabalho dependente e independente, ora para superar a inadequação entre o modelo contratual e a autonomia contratual, ora para defender a utilização de outros critérios de qualificação do contrato de trabalho em substituição à de subordinação jurídica. Em essência, as alternativas em debate

¹⁷⁴ Em tradução livre da autora, lê-se “e é por isso que ela sintetiza os elementos de uma situação fundamentalmente diferente daquelas que eram regidas após o código civil, o qual ele se recusou à transformação dos princípios civilistas em direito do trabalho” (*Idem*, p. 88).

¹⁷⁵ JAVALLIER, Jean-Claude, *op. cit.*, p. 41.

¹⁷⁶ Em tradução livre do autor, lê-se que “O direito não poderá ser reduzido a qualquer instrumento – ou pior ainda, um espaço útil no supermercado da gestão das empresas – que nós saberíamos fabricar, não mais que adaptar, a sua demanda do momento, do instante”. (*Idem*).

tentam, depois de quase um século de direito do trabalho, fazer um salto metodológico para superar a dicotomia entre trabalho autônomo e subordinado.

Num primeiro momento, a crise do trabalho subordinado levou a se pensar numa redefinição da delimitação do direito do trabalho, para se fixar como um direito à ocupação ou um direito à empregabilidade. O raciocínio é que, se a crise está localizada nos estreitos limites do trabalho subordinado, há que se ampliar o conceito do direito do trabalho para abranger outras modalidades de trabalho, o que representaria, efetivamente, a posição dos trabalhadores no mercado de trabalho, contemplando, agora, um direito de acesso ao emprego e não somente um direito do trabalho.

Por esse viés, se pretende equacionar a crise da noção de subordinação jurídica, que a diferenciava do trabalho autônomo, compreendendo que a figura típica do trabalhador subordinado tende a desaparecer, dando lugar a uma espécie de trabalhador subordinado autônomo, dado o aumento de parcelas de autonomia no conteúdo do trabalho. A ampliação da tutela do trabalhador, para abarcar os trabalhadores que não se incluíam na condição de trabalho subordinado, é uma estratégia que tem como política assegurar uma distribuição da tutela de forma mais equitativa entre autônomos e subordinados. Esse método, segundo P. Ichino, garante um direito fundamental do trabalho no mercado,¹⁷⁸ não assegurado pelo tradicional contrato de trabalho standart que faz a separação entre um mercado de trabalho autônomo e outro subordinado, e impõe ao trabalhador autônomo uma enorme disparidade de tratamento jurídico. Eliminar essa dicotomia de tratamento significaria criar um único mercado de trabalho para autônomos e subordinados que contemplasse uma tutela mínima. Segundo P. Ichino, o sistema atual italiano (que é muito semelhante ao brasileiro), faz uma injustificável separação entre tutela e autonomia:

¹⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 49.

¹⁷⁸ ICHINO, Pietro. *Il Lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*. Milano: Giuffré, 1996. p. 33-34.

In nostro ordinamento attuale è caratterizzato da una quase perfetta coincidenza dell'area del labor subordinato con quella della limitazione dell'autonomia individuale e dell'area del lavoro autonomo con quella della piena libertà negoziale degli individui; con il risultato, per un verso, di una irrazionale compressione dell'autonomia individuale, per altro verso di una irrazionale privazione di tutela di quei lavoratori autonomi che di tale forza non sono sufficientemente dotati.¹⁷⁹

A proposta de uma tutela mínima, que também representa uma redistribuição de tutela para as diversas formas de prestação de trabalho, já foi pensada como instrumento para assegurar aos autônomos alguns dos direitos e garantias não vinculados diretamente à relação contratual dos trabalhadores subordinados, tal como acesso à previdência social, aos benefícios de aposentadoria e pensão. Já se pensou na construção de direitos fundamentais, como espaço de autonomia individual do trabalhador, fora da relação obrigacional do contrato.¹⁸⁰ A. Supiot defende uma urgente redefinição do direito do trabalho, dentro da perspectiva de um “direito do homem ao trabalho”, que contemple todas as formas de trabalho por conta de outrem.¹⁸¹ A regulação deveria tratar de disciplinar o trabalho a título gratuito e a título oneroso. A tese de A. Supiot decorre de uma compreensão de que a subordinação não desapareceu, apenas se transformou.

É verdade que, da perspectiva jurídica, a subordinação é que faz a mediação com a liberdade individual do trabalhador, sobretudo para limitar o poder do empregador e garantir os direitos coletivos do trabalho, tal como se dá com o direito de greve, por exemplo. Nesse sentido, o critério da subordinação continua sendo útil à função histórica do direito do trabalho e à delimitação da aplicação do direito do trabalho e, assim, não há razão para o seu simples abandono, quando o trabalho dependente ainda subsiste, em que pese a sua fragmentação com as diversas modalidades de prestação. Subsistindo a noção de subordinação jurídica, resta o

¹⁷⁹ Em tradução livre do autor, lê-se que “O nosso ordenamento atual se caracteriza por uma quase perfeita coincidência da área do trabalho subordinado com aquela da limitação da autonomia individual e da área do trabalho autônomo com aquela da plena liberdade de negociar dos indivíduos, com o resultado, por um lado, de uma irracional opressão da autonomia individual, por outro lado, de uma irracional anulação de proteção daqueles trabalhadores autônomos que de tal força não são suficientemente dotados.” (*Idem, ibidem*, p. 56).

¹⁸⁰ RODRÍGUES-PINERO, Miguel; FERRER, Bravo, *op. cit.*, p. 31

¹⁸¹ SUPPIOT, Alain. *Le travail en perspectives*, *op. cit.*, p. 7

desafio da construção jurídica que supere as compreensões restritas e antagônicas entre as noções de autonomia e subordinação. O debate prossegue, assim, por vias transversais, de novo na dicotomia do lugar da autonomia e da subordinação.

4.4 A SUBORDINAÇÃO JURÍDICA NO TRABALHO IMATERIAL

O direito do trabalho precisa buscar novos referenciais capazes de propiciar uma nova compreensão do trabalho dependente que responda às ambigüidades do trabalho, às tensões da modernidade pós-industrial, à fragmentação da relação salarial e que conduza à esquematização de um quadro jurídico moderno para a regulação do conflito social e a dimensão coletiva do trabalho. Nessa perspectiva, as pesquisas de A. Negri e de seus seguidores¹⁸² proporcionam uma renovada compreensão da crise do trabalho, por meio do resgate de conceitos, sobretudo de Marx e Foucault, ao trabalharem com as hipóteses de que “as novas temporalidades de produção biopolítica não podem ser compreendidas nos arcaísmos das concepções tradicionais de tempo.”¹⁸³ A nova temporalidade de produção, de que

¹⁸² Em torno das contribuições teóricas de A. Negri sobre a nova condição do trabalho tem se publicado diversos textos. Ver LINHART, D. - Les chemins de l'hégémonie. In: BIDE, J. Texier, J. (Org.). *La crise du travail*. Paris: PUF, Collect. Actuel Marx, Confrontation, 1995, p. 95-106; M. LAZZARATO. Le 'cycle' de la production immatérielle. *Futur Antérieur*, n. 16, 1993/2, p. 111-120; M. LAZZARATO. Le concept de travail immatériel: la grande entreprise, *Futur Antérieur*, n. 10, 1992/2, p. 54-61; NEGRI, A.; VINCENT, J.-M. *Paradoxes autour du travail*, *Futur Antérieur*, n. 10, 1992/2, p. 5-8; NEGRI, Antonio.; LAZZARATO, Maurizio. *Trabalho imaterial: formas de vida e produção da subjetividade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001; NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. São Paulo: DP&A, 2002; NEGRI, Antonio. *Valeur-travail: crise et problèmes de reconstruction dans le post-moderne*. *Futur Antérieur*, n. 10, 1992/2, p. 30-36; NEGRI, Antonio. *La première crise du post-fordisme*. *Futur Antérieur*, n. 16, 1993/2, p. 11-15; NEGRI, Antonio. *À quoi sert encore l'état*. *Futur Antérieur*, n.25-26, 1995/5-6, p. 135-151; TOSEL, A.. *Centralité et non-centralité du travail, ou la passion des hommes superflus*. In: BIDE, J.; TEXIER, J. (org.). *La crise du travail*. Paris: PUF,Collect. Actuel Marx,Confrontation, 1995, p.209-218; VAKALOULIS, M. Crise du travail et travail de la crise. BIDE, J.; TEXIER, J. (Org.). *La crise du travail*. Paris: PUF, Collect. Actuel Marx, Confrontation, 1995, p. 115-118; VINCENT, J.-M. Flexibilité du travail et plasticité humaine. In: BIDE, J.; TEXIER, J. org.). *La crise du travail*. Paris: PUF, Collect. Actuel Marx, Confrontation, 1995, p. 155-164; VINCENT, J.-M. Les automatismes sociaux et le 'general intellect' *Futur Antérieur*, n. 16, 1993/2, p. 121-130; VINCENT, J.-M. Les méandres du pouvoir. De la domination à la liberté. *Futur Antérieur*, n. 26, 1995/5-6, p. 153-181.

¹⁸³ NEGRI, Antonio; HARDT, Michael, *op. cit.*, p. 425.

falam os autores de “Império”, se refere aos novos modos de produção que não possibilitam uma medição exata por meio de cálculo, e, assim, “torna-se cada vez mais difícil manter distinções entre trabalho produtivo, reprodutivo e improdutivo”, o que nos levaria à perda dos referenciais de tempo e valor, já que “à medida que o trabalho se move fora dos muros da fábrica, torna-se cada vez mais difícil manter a ficção de qualquer medida do dia de trabalho e, portanto, separar o trabalho do tempo de produção do tempo de reprodução, ou o tempo de trabalho do tempo de lazer”.¹⁸⁴ Assim, nesse relato, a produção se generaliza para além do tempo de trabalho pela cooperação de toda a sociedade.

Enquanto a crise na noção tradicional do critério da subordinação jurídica provoca uma ameaça ao estatuto do direito do trabalho, a sua revisão crítica gera uma oportunidade de refundação conceitual, reaproximando-o da realidade – apesar de fragmentária e complexa - da relação de trabalho no modo de produção pós-fordista. Desprendido dos estreitos limites do conceito de subordinação, atrelado à idéia de autoridade e poder de direção, é permitido, por exemplo, localizar a subordinação na autonomia, o que antes soaria como absolutamente contraditório. Ou seja, o que para muitos representa uma ameaça, pode representar uma oportunidade histórica.

Para A. Negri e M. Lazzarato, há uma completa miopia na compreensão do modo de produção capitalista. Afora a estreita leitura ideológica ou de saudosismo da organização fordista, é preciso inserir o debate aberto dentro do paradigma pós-fordista, este compreendido não apenas como produção flexível.¹⁸⁵ No centro desse debate, emerge a reconstrução da categoria do “trabalho imaterial”,¹⁸⁶ responsável

¹⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 426.

¹⁸⁵ NEGRI, Antonio; LAZZARATO, Maurizio, *op. cit.*, 2001.

¹⁸⁶ O trabalho imaterial representa uma nova compreensão da nova condição da força de trabalho no ciclo de produção nas transformações profundas na cooperação social. Trata-se, na verdade, de um resgate da obra de Marx, especialmente os *Grundrisse*. Também G. Deleuze, a partir de leitura de Foucault das sociedades disciplinares do século XVIII e XIX, aponta uma mudança da sociedade disciplinar para a sociedade do controle. Diz G. Deleuze que “A fábrica constituía os indivíduos em um só corpo, para a dupla vantagem do patronato que vigiava cada elemento na massa, e dos sindicatos que mobilizavam uma massa de resistência; mas a empresa introduz o tempo todo uma rivalidade inextinguível como a emulação, excelente motivação que contrapõe os indivíduos entre si e atravessa cada um, dividindo-o em si mesmo. O princípio modular do ‘salário por mérito’ tenta a própria Educação nacional: com efeito, assim como a empresa substitui a fábrica, a formação permanente tende a substituir a escola, e o controle contínuo substitui o exame. Este é o meio mais

pela construção de uma nova subjetividade e de novos sujeitos. O enfrentamento do taylorismo possibilitou a conquista de “autonomia operária” em meados da década de 70, especialmente nos países desenvolvidos. Porém, a adoção de tecnologias (automação), externalização e descentralização da produção, deu origem ao trabalho precário, deslocando a luta operária para outras questões relacionadas à esfera da reprodução (luta por serviços de saúde, moradia, educação, etc).¹⁸⁷

A reestruturação produtiva das últimas duas décadas pelo menos, resultou no fim do operário fordista e a emergência do modelo pós-fordista. Este padrão implicou, de forma paradoxal, segundo A. Negri, o “reconhecimento da centralidade do trabalho vivo e mais intelectualizado.”¹⁸⁸ Na produção pós-fordista, o controle e a organização da produção se concentra na personalidade e na subjetividade do trabalhador, o qual deve responder por sua capacidade de escolhas e de decisão. Ao empreendedor interessa “a transformação do trabalho operário em trabalho de controle, de gestão da informação, de capacidades de decisão que pedem o investimento da subjetividade”.¹⁸⁹

Essa viragem comunicacional no conteúdo do trabalho, uma nova espécie de qualidade de trabalho e de trabalhador, resgata e renova o papel imaterial do trabalho. Para A. Negri, o trabalho material tende a tornar-se hegemônico, apontando para uma nova subjetividade.¹⁹⁰ A justificação da valorização do trabalho imaterial se dá pela perda de valor do tempo de trabalho imediato. Agora, a exploração não se apresenta pela maior jornada dedicada ao trabalho, mas pelo

garantido de entregar a escola à empresa” (DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992, p. 221).

¹⁸⁷ NEGRI, Antonio; LAZZARATO, Maurizio, *loc. cit.*, p. 19-20.

¹⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 25.

¹⁸⁹ *Idem..*

¹⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 28.

“desenvolvimento do indivíduo social,”¹⁹¹ fazendo com que o trabalho material dê lugar à valorização do trabalho vivo e imaterial como fonte de riqueza.

Transforma-se, assim, a relação do sujeito com a produção, pois “esta relação não é mais uma relação de simples subordinação ao capital. Ao contrário, esta relação se põe em termos de independência com relação ao tempo de trabalho imposto pelo capital”.¹⁹² O trabalho imaterial não mais comporta conceituação no conceito de trabalho marxista (o homem que transforma a natureza), pois não se podem diferenciar os espaços do tempo de trabalho do tempo de lazer. A. Negri vai além, ao reputar que o trabalho imaterial se acha presente não somente na produção, mas também no consumo.¹⁹³

Esse deslocamento para o trabalho imaterial provoca enorme mutação na noção clássica de controle do ambiente da produção. O controle e a vigilância direta e autoritária, também se externaliza. Isso é possível porque, agora, a acumulação é viabilizada pela cooperação social do trabalho imaterial. Por ironia da história, os papéis de controle do processo de trabalho se invertem, já que o trabalho passa a definir a vontade do capitalista.¹⁹⁴ O controle do processo de produção fica dirigido à produção da subjetividade. Por essa razão, o trabalho não deve mais ser identificado com a exploração do tempo de trabalho, mas com a exploração da subjetividade.

¹⁹¹ *Idem*.

¹⁹² *Idem, ibidem*, p. 30.

¹⁹³ Em outro texto A. Negri e M. Hart afirmaram que “La généralisation du régime de l'usine s'est accompagnée d'un changement de nature et de qualité des processus de travail. Dans nos sociétés, le travail tend de plus en plus à devenir immatériel - intellectuel, affectif, technoscientifique, bref travail de cyborg. La mutation actuelle de la nature du travail se caractérise par des réseaux de plus en plus intriqués de coopération, l'intégration du travail de soutien à tous les échelons de la production et l'informatisation d'un large éventail de processus de travail.” (NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *Bloc Note*, n. 12, avril-mai 1996, *op. cit.*). Em tradução livre dos autores, lê-se que: “A generalização do regime da usina foi acompanhado de uma mudança na natureza e de qualidade dos processos de trabalhos. Na nossa sociedade, o trabalho tende a mais e mais tornar-se imaterial – intelectual, afetivo, tecnocientífico, em resumo, trabalho de *cyborg*, A mutação atual da natureza do trabalho se caracteriza por razões mais e mais implicadas de cooperação, integração do trabalho de sustentação a todos os escalões da produção e a informatização de um grande leque de processos de trabalho”.

¹⁹⁴ NEGRI, Antonio; LAZZARATO, Maurizio, *op. cit.*, , p. 32.

A emergência de leituras de nova subjetividade e a sua relação de poder estão implicadas. Aqui, são destacadas as leituras de J. Habermas, com sua comunicação intersubjetiva e M. Foucault, com a categoria da “relação para si” como poder e saber resultante de uma subjetividade autônoma do processo de trabalho, por meio de uma intelectualidade de massa.¹⁹⁵

Isso introduz uma dupla problemática para a subordinação jurídica. A primeira é romper com o fundamento tradicional da subordinação jurídica, que fundamentou o direito do trabalho, ao localizar a subordinação como uma questão implicada no sujeito moderno, portanto, não restrita à ordem capitalista, mas para além desse modo de acumulação. A segunda, ao propiciar uma leitura da sujeição na relação de trabalho (possível falar também da subordinação), como um conceito histórico, negando, assim, as pretensões ontológicas que a doutrina do direito do trabalho acriticamente incorporou. Nessa perspectiva, as mudanças no modo de produção capitalista não provocaram qualquer erosão na noção de subordinação.¹⁹⁶

Esse aporte teórico, feito a partir da idéia da uma nova centralidade do trabalho vivo, compreende que a crise do trabalho assalariado representa nada mais do que uma difusão do trabalho no espaço e no tempo (cooperação e fim da delimitação de tempo de trabalho e tempo de lazer). A crise do fordismo é lida como um processo provocado pela reestruturação tecnológica da grande indústria e, na outra ponta, a difusão social das lutas operárias. Dois seriam os determinantes: um objetivo (relacionado a uma nova estratégia da acumulação), e outro subjetivo

¹⁹⁵ A referência aqui é que “Le sujet, comme Foucault l'a bien compris, est à la fois un produit et productif, il constitue les vastes réseaux du travail en société et vice versa. Le travail est à la fois sujétion et subjectivation - « le travail de soi sur soi » - à telle enseigne qu'il faut écarter toute idée de libre arbitre ou de déterminisme du sujet. La subjectivité se définit simultanément et autant par sa productivité que par sa productibilité, autant par ses capacités de produire que d'être produite”. (NEGRI, Antonio; HARDT, Michael, *op. cit.*). Em tradução livre dos autores, lê-se que: “O sujeito, como Foucault bem compreendia, é ao mesmo tempo um produto e produtivo, ele constitui os vastos entrelaçamentos do trabalho na sociedade e vice-versa. O trabalho é ao mesmo tempo a sujeição e subjetivação – ‘o trabalho de seja sobre seja’ – de tal ensinamento que ele faz isalar toda idéia de livre arbítrio ou de determinismo do sujeito. A subjetividade se define simultaneamente e tanto mais por sua produtividade que por sua produtibilidade, tanto por suas capacidades de produzir que de ser produto”.

(interno à autonomia da classe operária). Esses dois processos, porém, têm como dimensão única o trabalho imaterial. Com isso, perde sentido a distinção entre trabalho material e trabalho intelectual, que tanto influenciou a construção do direito do trabalho.

Ao contrário do que se supõe, o novo capital não tem um perfil antiprodutivista. A estratégia do pós-fordismo é retomar o controle sobre o trabalho fora da fábrica. Isso levou a uma contradição do pós-fordismo que tenta revalorizar socialmente o trabalho enquanto se reduz o número de empregos. G. Cocco afirma que, ao lado da redução do emprego formal, surge o assalariado de fato. O acesso aos direitos trabalhistas no fordismo é viabilizado,

“Na medida em que a organização fabril da produção de massa aparece como o lugar de objetivação das dinâmicas constituintes do conflito interno à relação salarial fordista, podemos dizer que, neste paradigma, o acesso à cidadania real foi fortemente subordinado à integração na relação salarial. A relação salarial tornou-se a base objetiva da constituição material do intervencionismo estatal, isto é, da ‘constituição trabalhista’ do Welfare State.”¹⁹⁷

Por isso, G. Cocco salienta que, diante da hegemonia dos princípios fordistas, as formulações jurídicas das constituições formais não tiveram grande expressão, pois o acesso aos direitos era concretizado via integração na produção, associada à melhoria da qualidade de vida e gozo da cidadania.¹⁹⁸

Para explicar a crise do fordismo e a emergência de um novo modelo de acumulação, são expressivas as manifestações e reflexões teóricas em torno do trabalho vivo, como explicação da nova dinâmica pós-fordista. As mudanças na organização produtiva e na organização do trabalho, como o aparecimento do toyotismo, que não se universalizou, mas explicam as alterações no espaço da fábrica, ficando longe de um relato completo dos impactos do pós-fordismo como um

¹⁹⁶ A partir do referencial teórico desenvolvido por Foucault, R. M. FONSECA identifica também a sujeição do sujeito moderno guiado pelas categorias teóricas do poder biopolítico e do poder disciplinar. (Ver FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho).

¹⁹⁷ COCCO, Giuseppe, *op. cit.*, p. 36; 39.

novo paradigma. A análise do trabalho vivo vai além das tentativas de conceituação de um novo paradigma de organização produtiva, para centrar sua reflexão no papel da subjetividade dentro da crise do fordismo.

Na leitura do trabalho vivo, a crise do fordismo é demarcada pela desarticulação do espaço-tempo da organização produtiva. Num primeiro momento, ocorreu uma estratégia de flexibilização defensiva do capital, com redução de custos, restabelecimento da disciplina e, como desdobramento desse processo, a externalização da produção e uma reorganização empresarial. O paradigma do pós-fordismo produz, assim, um novo desenho dos territórios e novas formas de cooperação. São esses novos territórios que permitem identificar o deslocamento da submissão da fábrica para outro meio sócioprodutivo. Esses são os paradigmas sociais do pós-fordismo, pois “qualificam-se pela emergência de atividades imateriais de coordenação, inovação e gestão que requalificam a própria forma de empresa. Novos fatores estratégicos emergem, isto é, as atividades imateriais de pesquisa e desenvolvimento, da comunicação e do marketing, do design e da formação.”¹⁹⁹

Além da nova organização do trabalho, há um processo de integração com o consumo, o qual atua no processo produtivo pelas formas comunicativas. Ou seja, o pós-fordismo produz uma integração entre consumidores e produtores, via processos lingüísticos. O resultado é que o trabalho imaterial passa a ser central na organização produtiva, em que o aumento da produtividade decorre da submissão da subjetividade no trabalho. A razão é simples, pois a “subjetividade não é mais alienada no ato de submissão individual à Organização Científica do Trabalho”,²⁰⁰ implicando, esse processo, um deslocamento da submissão para fora da fábrica.

A crise do fordismo provocou uma ampla descentralização na produção e na reprodução do capital. Como mencionado no capítulo precedente, a fábrica taylorista

¹⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 74.

¹⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 86.

²⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 90.

foi esvaziada, dando lugar à produção fora da grande indústria, em geral, em pequenas organizações produtivas, em trabalho em domicílio, familiar, precário e informal. Esse movimento se funda em dois fenômenos: de um lado, uma estratégia de flexibilização, para a redução de custos e, de outro, uma recomposição da organização científica do trabalho. A disciplina taylorista da fábrica se apresentava como local onde o tempo de trabalho, ritmo e aceleração alienante, destruidores da subjetividade se impunham como oposição ao desejo de autonomia operária. No pós-fordismo, a descentralização da produção, o trabalho em redes, por exemplo, não se limitam a estratégias de redução de custos da mão-de-obra, mas a uma interrelação social de tipo novo, numa nova organização do trabalho com dimensões de trabalho vivo, onde o papel da subjetividade é valorizado. Aqui, emerge a dimensão imaterial do trabalho, como uma nova centralidade.

Essa dimensão externa do direito do trabalho é fundamental para compreender a atual dimensão do trabalho, que bem exprime a natureza da nova forma de subordinação sócio-econômica e também de subordinação à empresa, veiculada por novas formas de poder e de controle e, ainda, a emergência de novos sujeitos.

4.5 SUBORDINAÇÃO JURÍDICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A dissolução do sujeito moderno rompe e torna descontínua toda a experiência jurídica fundada nos pressupostos da modernidade. A subordinação jurídica, como categoria central do direito do trabalho, está implicada na noção de sujeito de direito legada pela modernidade.²⁰¹ Toda a justificação do sujeito de direito que o compreende como direito subjetivo, exercido pela liberdade contratual e

²⁰¹ A noção de sujeito de direito é gestada pela modernidade e congrega toda uma problemática no discurso do direito moderno, face ao seu projeto de construção de um sujeito livre e autônomo, rompendo com vínculos pessoais da sociedade da tradição. Apesar da pertinência, essa discussão de fundo, nos limites deste estudo, aqui já é pressuposta; assim, a análise será vertilizada e direcionada para a relação entre sujeito de direito no contrato de trabalho, com as implicações que possa haver na noção de subordinação jurídica.

pressuposto pela autonomia da vontade para estabelecer uma relação obrigacional, deve ser novamente repensada diante da emergência de novos sujeitos.

O princípio da igualdade no direito do trabalho é moldado por uma submissão livre a um contrato de trabalho subordinado. É fato que o direito do trabalho se constrói para corrigir essa desigualdade, para possibilitar uma igualdade concreta e não somente formal (jurídica). Porém, o contrato de trabalho se aperfeiçoa por intermédio de uma relação hierárquica e de submissão, que de forma tautológica cria uma desigualdade também jurídica. Ou seja, na tentativa de promover o sujeito de direito como igualdade concreta, são estabelecidas novas relações de desigualdade. Isso levou A. Supiot a reconhecer que há no direito do trabalho uma insuperável contradição interna, fundada no princípio da liberdade contratual.²⁰²

A questão daí extraída é se é possível fundar a autonomia da vontade na força obrigatória de uma relação hierárquica de subordinação. Dito de outro modo, é possível o direito assimilar uma relação de hierarquia entre iguais?²⁰³ Em verdade, o empregado renuncia à autonomia da vontade livre para se submeter à relação de subordinação, apesar de subsistir uma antinomia entre subordinação e força obrigatória dos contratos; todavia, esta contradição decorre do fato de o empregado ser compreendido na empresa “como sujeito e objeto do contrato”.²⁰⁴ Porque incompatível com a autonomia da vontade, a figura do sujeito de direito é ignorada pelo direito do trabalho. É pela subordinação jurídica que o empregado atua como sujeito e objeto do contrato de trabalho, pois a relação obrigacional não tem obrigação determinada, consistindo apenas numa obrigação de “ficar à disposição” num determinado tempo e espaço.

No direito do trabalho, o sujeito de direito afirma o princípio da igualdade para romper com a organização corporativa do antigo regime; porém, sua operacionalidade, ao reconhecer uma relação de hierarquia, atua apenas para limitar

²⁰² SUPIOT, Alain. *Critique du droit...., op. cit.*, p. 116.

²⁰³ *Idem, ibidem*, p. 120

²⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 123.

o poder do empregador. Na nova dinâmica do trabalho imaterial, com as novas subjetividades, os paradoxos de uma estruturação em torno do sujeito se tornam, assim, mais complexas para justificar teoricamente a subordinação jurídica.

A primeira grande dificuldade decorre, justamente, da posição do trabalhador no contrato de trabalho, pois como conciliar a subordinação de um contratante veiculada pelo contrato de trabalho com a liberdade de um homem livre? Ou melhor, como justificar os direitos fundamentais de um sujeito que, pelo contrato, se submete a um poder privado que lhe retira e restringe exatamente a liberdade privada e pública? Mas como superar as aporias entre liberdade individual e a subordinação jurídica veiculada pelo direito do trabalho, a partir do paradoxo do discurso de que esse direito se propõe a civilizar o trabalho pelo contrato entre sujeitos livres e iguais, se o sujeito desaparece na sujeição ao poder de direção do empregador e na noção de liberdade individual no trabalho veiculados pela cultura da empresa?²⁰⁵

A Constitucionalização do direito do trabalho²⁰⁶ faz com que se possa identificá-lo também, como um direito de tutela das liberdades e da personalidade do trabalhador e não apenas como uma relação de cunho obrigacional. A subordinação jurídica, assim, deveria funcionar como a chave de um mecanismo funcional que garanta o acesso aos direitos ditos fundamentais, para se conformar com a Constituição. Quando se fala em direitos fundamentais do trabalho ou do trabalhador, está-se também se referindo a um direito do trabalho localizado na esfera coletiva, fora dos estreitos limites do contrato individual do trabalho, ancorado na ordem constitucional, como concretização dos direitos fundamentais positivados no texto da Constituição. Constatado que houve um deslocamento do fundamento exclusivo do direito do trabalho na teoria dos contratos, ou seja, do direito civil, para a teoria da constituição, é perfeitamente possível justificar, hoje, um direito do trabalho de caráter estatutário.

²⁰⁵ SUPIOT, Alain. Critique du droit ..., *op. cit.*, p. 151.

²⁰⁶ A Constitucionalização do direito do trabalho é um fenômeno ocorrido posteriormente à Segunda Grande Guerra, quando passou a se verificar um movimento de migração de direitos do trabalho para o texto das constituições e também a qualificação de diversas liberdades e garantias relacionadas no rol dos direitos sociais. Porém, a articulação entre direitos fundamentais relacionados ao Estado de Direito e o contrato de trabalho é um processo ainda em construção no direito do trabalho.

Mas a Constituição pode permitir alguma fundamentação da subordinação jurídica? Ou, ainda, o direito a um trabalho subordinado comporta uma aproximação a um direito fundamental? Parece que uma detida reflexão, a partir de uma hermenêutica constitucional, pode fazer essa aproximação normativa.²⁰⁷ A subordinação jurídica se insere num projeto universalizante, que pode ser compreendido como propensão à concreção do princípio da igualdade. Na medida em que a subordinação jurídica remete a um vínculo jurídico (relação de emprego) com um quadro jurídico de proteção uniforme de garantias mínimas, certamente está-se dando eficácia ao princípio da igualdade e da não-discriminação, que são garantias da Constituição brasileira (artigo 5º).

A pulverização das relações contratuais, na medida em que passou a comportar tratamento diferenciado pelo direito do trabalho, pode colocar em xeque justamente o princípio da igualdade e da não-discriminação. Com razão J. C. Villalon ao defender que “situações de trabalho diversas exigem medidas diversas de proteção”,²⁰⁸ porém com o objetivo de evitar a vulneração do princípio constitucional

²⁰⁷ A força normativa da Constituição quer quanto aos seus princípios quer quanto ao seu caráter material é objeto de um importante debate na teoria do direito constitucional. A polêmica ganhou fôlego em torno da profetizada morte da constituição dirigente pelo próprio Canotilho - autor da tese do dirigismo Constitucional - debate instaurado pela defesa da revisão ou abandono do normativismo constitucional, pela justificação de que o dirigismo e a programaticidade da Constituição devem ceder diante da compreensão do “mal estar da constituição na lógica político-cultural da pós-modernidade”. Na verdade, Canotilho cede às formulações teóricas que proclamaram o fim dos “códigos dirigentes” diante da conjuntura da circularidade, os particularismos e os riscos. Para ele, a teoria da constituição dirigente tinha como *a priori* a filosofia do sujeito e uma teoria da sociedade, cuja utopia não mais resiste a uma compreensão crítica. Aqui se localizaria a grande fragilidade epistêmica da teoria da constituição. A segunda problemática epistêmica admitida por Canotilho consiste num “autismo nacionalista e patriótico” dos textos constitucionais. Os dogmas do Estado soberano e da soberania nacional se revelam hoje débeis. Essa abordagem nova fez com que Canotilho migrasse para uma noção que denominou de “constitucionalismo moralmente reflexivo”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. p. VI e IX). A revisão crítica de Canotilho, bem ancorada na crise da modernidade, deve ser contextualizada para um autor de um país (Portugal) que passa a fazer parte da União Européia, e por isso não elimina a afirmação de que a concretização da Constituição ainda tem validade em um país periférico como o Brasil, onde ainda não se cumpriram as promessas da modernidade. Nesse debate, a posição de Lenio Streck, na defesa da preservação do dirigismo, numa perspectiva hermenêutica prossegue sendo válido, pois como afirmou “[...] a Constituição que se pretende preservar, nesta quadra da história, é aquela que contenha uma força normativa capaz de assegurar esse núcleo de modernidade tardia não cumprida”. Lenio também faz uma aproximação importante entre o constitucionalismo como concretização do contrato social, sempre com um sentido hermenêutico (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 116 e 121).

²⁰⁸ VILLALON, Jesús Cruz. El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado. p. 186.

da igualdade e da não-discriminação, deve haver limites na diversificação contratual. Como podem situações similares de trabalho subordinado receber da lei tutelas diferenciadas? Para que haja diferenciação, é preciso que se demonstre uma justificação fundada na natureza do trabalho, pois, do contrário, violar-se-ia o texto constitucional.

As novas modalidades contratuais atípicas de trabalho precário e flexível (trabalho temporário, tempo parcial, etc), ao estabelecerem regulação diferenciada, estão atendendo às insuficiências do modelo que adotou o direito do trabalho ao se posicionarem entre trabalho dependente e independente. O fato é que a fragmentação da relação de trabalho tende a produzir a fragmentação contratual. Mas existem limites constitucionais à diversificação contratual? É possível reconhecer a fragmentação contratual do trabalho, admitir proteções em menor grau, sem que o núcleo institucional do direito do trabalho se bifurque. Contudo, a justificação dessa fragmentação não pode ser aceita como imperativo da economia de mercado, mas deve partir de um fundamento político que preserve a esfera pública do direito do trabalho na perspectiva de conformidade com o texto constitucional que, no caso brasileiro, remete a um Estado de matiz social, pois do contrário estar-se-ia permitindo a erosão da política em prol do utilitarismo da razão (cínica) do mercado. Nessa direção, estar-se-ia reconduzindo o direito do trabalho aos trilhos da esfera pública, donde vem sendo expulso pela economia de mercado.

A Constituição brasileira, fundada como República Democrática, confere ao trabalho um valor social (art. 1º, IV), certamente sem restringir esse princípio ao trabalho subordinado. O artigo 6º, da mesma forma, inclui o “direito ao trabalho” como direito social, sem enunciar, contudo, a(s) modalidade(s) contratual(is) que ele se dê. No artigo 7º, em que pese não se mencione expressamente o trabalho subordinado, está implícito que os direitos ali relacionados estão dirigidos, em princípio, à forma contratual da relação de emprego, já que as garantias enumeradas são típicas da relação obrigacional decorrente do trabalho subordinado. Cabe observar que mesmo o artigo 7º relaciona vários direitos e garantias que não têm como fundamento exclusivo o contrato de trabalho, e sim uma concreção da proteção do trabalho. Está-se referindo aos direitos à proteção ao mercado de

trabalho da mulher (XX), redução dos riscos inerentes ao trabalho (XXII), aposentadoria (XXIV), proteção em face da automação (XXVII), seguro de acidentes de trabalho (XXVIII), proibição de discriminação do portador de deficiência (XXXI), proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual (XXXII) e, por fim, a garantia de igualdade entre os trabalhadores portadores de vínculo de emprego e avulsos (XXXIV). Esse registro do texto da Constituição revela que não se pode entender que a Constituição promova tutela de apenas uma forma específica de trabalho. Assim, a subordinação jurídica, como esquema que remete à proteção das relações de trabalho, deve possuir uma proteção uniforme em conformidade com as exigências de igualdade de tratamento e de não-discriminação previstas no texto constitucional brasileiro, o qual representa verdadeiros mandados de otimização.

Poder-se-ia fazer, ainda, uma outra articulação entre subordinação jurídica e direitos fundamentais no que concerne às liberdades inscritas no texto constitucional. A questão que se faz é se é possível justificar, ainda, uma conciliação entre a subordinação jurídica, que implica sujeição, com o direito à intimidade, o direito à vida privada e à liberdade de expressão do empregado.²⁰⁹ Deve-se reconhecer que, pela subordinação jurídica, o trabalhador tem sua liberdade restringida; porém, as liberdades contempladas na Constituição são garantias amplas, sem restrições, aplicáveis aos trabalhadores como direitos fundamentais. Mais do que isso, a posição dessas liberdades, na Constituição, remete a uma justificação da constitucionalização do direito do trabalho. Está-se novamente diante de um insolúvel paradoxo do direito do trabalho?

Uma fundamentação formalista diria que não se está diante de qualquer contradição, pois a subordinação jurídica se dá pelo contrato de trabalho e opera dentro da empresa, ao passo que as liberdades são asseguradas aos indivíduos enquanto cidadãos. Essa posição não reconhece ao empregado as conquistas da autonomia e da liberdade, positivadas no texto da maioria das constituições democráticas. É sem dúvida uma postura contraditória, já que não vislumbra qualquer restrição à liberdade no exercício do poder privado pela subordinação

²⁰⁹ Ver artigo 5º da Constituição brasileira de 1988.

jurídica, raciocínio que leva à negação da liberdade do sujeito trabalhador na empresa.

É difícil, é verdade, uma solução pacificadora que, ao mesmo tempo, garanta o exercício do poder privado veiculado pela subordinação jurídica e preserve o direito à vida privada, à intimidade e à liberdade de expressão do empregado. Porém, a confrontação dos valores das liberdades e garantias constitucionais com as relações obrigacionais estabelecidas pelo contrato de trabalho, deve remeter a uma visão procedimental que promova a máxima concreção e afirmação dos direitos fundamentais dos trabalhadores. É claro que a sujeição que fundamenta a subordinação jurídica impõe limites ao empregador, sobretudo no que concerne à vida privada e à intimidade do empregado. Por essa linha de argumentação tradicional, diz-se que a subordinação se dá nos limites do contrato e no âmbito da jornada de trabalho, que em regra deveria delimitar o tempo da subordinação. Mesmo durante o estado de subordinação, o empregado poderia resistir às ordens ilegais, injustas e abusivas (direito de resistência), observados os limites espaciais e temporais ao poder diretivo do empregador.²¹⁰ Novamente, por um fundamento jurídico do contrato (formal, portanto) se priva o empregado da possibilidade de pleno exercício da liberdade.

Mas a fixação do espaço e do tempo da subordinação, sobre os quais se poderia entender restrita a liberdade pessoal do empregado, como já visto, se acha atualmente difusa pelas novas organizações produtivas, as novas modalidades de emprego e a individualização do trabalho, o que faz com que os tentáculos da subordinação invadam a esfera antes privada. Com isso, tornou-se obsoleta a doutrina de separação da subordinação pelo critério espacial ou temporal.

Não bastasse a fragilidade exposta por essa argumentação tradicional da conformação da subordinação jurídica com alguns direitos fundamentais, que em essência se localiza nos limites do discurso do positivismo jurídico, a desconstrução

²¹⁰ Ver a respeito a contextualização feita por Márcio Túlio Viana (*Direito de resistência*), ao reconstituir os pressupostos da resistência civil e os seus fundamentos no contrato de trabalho, no plano individual e coletivo.

desse discurso deve, agora, ser fundamentada na mediação do trabalho imaterial, que desnuda a verdadeira dimensão da posição do trabalho na ordem capitalista. A superação da fundamentação positivista deve agora se dar via argumentação, como princípio de legitimação dos direitos fundamentais do trabalho, que não somente impõe limites ao poder diretivo e disciplinar do empregador, mas afirma a preservação dos direitos fundamentais dentro e fora da empresa. Vida privada, intimidade e liberdade de expressão, além de não estarem inscritas nos limites do contrato (e, portanto, da subordinação), não estão sujeitas, por princípio, a nenhuma ingerência pelo empregador. As liberdades conferidas pelos direitos fundamentais devem funcionar como fonte legitimadora para as demais liberdades, como filtros para os direitos positivos.

Não se trata de justificar os limites do poder privado do empregador no âmbito da empresa para separá-los do campo das liberdades. A nova configuração do trabalho imaterial, com dimensão na esfera da subjetividade, deve propiciar um princípio de garantia dos direitos fundamentais do trabalho. A subordinação jurídica, imposta pelo contrato, jamais pode conflitar com a livre escolha do indivíduo trabalhador.

Porém, a crítica a esses pressupostos – verdadeiras ambigüidades do direito do trabalho - não impossibilita uma retomada do arcabouço dogmático edificado, desde que se faça com vistas à reconstrução de uma nova racionalidade normativa, reflexão que se empreenderá no próximo capítulo.

5 A SUBORDINAÇÃO JURÍDICA RECONSTRUÍDA

A constituição não pode impor o código direito/não-direito diante do metacódigo; ela fracassa na tarefa de acoplar de forma confiável o direito, a política e a sociedade. (Friedrich MULLER)

5.1 OS PRESSUPOSTOS DE UMA NOVA COMPREENSÃO

Foi demonstrado, até aqui, que a crise do critério normativo da subordinação jurídica está implicada no processo histórico da crise da modernidade capitalista (no paradigma indústria) e num déficit teórico para a sua superação. Feito o diagnóstico do estado da arte, cabe, agora, refletir sobre a crise conceitual do trabalho subordinado na perspectiva de uma reconstrução da subordinação jurídica, como critério do contrato de trabalho e também como mecanismo de tutela estatal e de proteção social.

É preciso trilhar o caminho de um direito moderno do trabalho que se ajuste às novas exigências econômicas, políticas e éticas. O direito do trabalho tem, ainda, um importante papel de estruturador do mercado de trabalho e das relações de trabalho.²¹¹ Foi o direito do trabalho, que até aqui, construiu um direito fundado na idéia de igualdade de direitos (formal, é verdade). Ainda que a prática do direito do

²¹¹ É preciso registrar que não se adota o caminho de uma certa tradição antiformalista do direito do trabalho, tributária de uma herança marxista de leitura simplista e vulgar, que apenas localiza o direito do trabalho na infraestrutura vinculado a superestrutura, fazendo a crítica do direito como mera dimensão da ideologia no processo de produção e reprodução capitalista. Essa concepção marxista que fez diversos adeptos no direito do trabalho (Vide M. Mialle, A. Jeammeaud, J. Michel, M. Jeantin, que se autodenominavam corrente “crítica do direito”), que pensa na linha de um materialismo histórico althusseriano aplicado ao direito, não concebe a possibilidade de um ordenamento jurídico científico, pois o seu método é externo ao direito, muito próximo de um sociologismo jurídico. Sem ignorar a importância histórica dessa corrente crítica, esta observação é feita pela ampla influência desse pensamento, com constantes retomadas, muitas feitas de forma acrítica, mas que tem sido um obstáculo à compreensão e a reflexão sobre um direito do trabalho moderno. O direito do trabalho

trabalho, ao longo de um século, tenha legitimado a opressão e exploração de grande parcela dos trabalhadores, uma racionalidade normativa pode, ainda, preencher espaços emancipatórios na modernização das relações de trabalho. A modernização que se propugna diz respeito antes a uma exigência de concretização dos direitos fundamentais, também na relação de trabalho. Uma nova compreensão e uma nova estruturação normativa, nessa perspectiva, podem atenuar o poder e a autoridade do empregador, veiculados pela condição de dependência pessoal do trabalhador na relação de trabalho.

Os novos modos de produção, descentralizados, que exigem um trabalho individualizado com novas competências e um novo espírito de responsabilidade no trabalho, forjaram uma “autonomia controlada”.²¹² Numa nova regulação do direito do trabalho que redefina o conceito de subordinação e dependência pode certamente propiciar um novo processo de inclusão no âmbito da proteção, reduzindo a precariedade do trabalho e a exclusão social. Não se deve descurar da complexidade da passagem da “individualização”²¹³ para a defesa de autonomia no trabalho, apenas reputa-se que a tendência à crescente “individualização da relação de trabalho” pode representar alguns aspectos positivos, como processo de afirmação do indivíduo, uma esfera de auto-determinação. Pensa-se, aqui, nos direitos fundamentais previstos na Constituição (especialmente as liberdades públicas) e os direitos da personalidade inseridos no Código Civil, os quais, obviamente, não se localizam nos estritos limites obrigacionais do contrato de trabalho. Por fim, a afirmação da autonomia pode representar uma ação estratégica importante na atenuação da sujeição do trabalhador.

não é somente um direito de garantia, mas também um direito de regulação de conflitos de interesses, subjacente ao conflito social que é inerente ao direito do trabalho.

²¹² MÜCKENBERRGER, Ulrich. Travail: horizon 2000. Réflexions pour une redefinition des relations de travail, p. 626.

²¹³ A tematização do indivíduo na filosofia do sujeito e no projeto da modernidade comporta enorme complexidade. Os riscos dessa aproximação são muitos, especialmente se por indivíduo se pensa em um paradigma individualista, de um sujeito atomizado na linha da idéia de uma autonomia “que interpreta a história da humanidade não a partir do desenvolvimento do modo de produção capitalista, mas de acordo com uma dinâmica de emancipação do indivíduo em relação ao fardo das tradições e das hierarquias naturais”. (ALAIN, Renaut. *O indivíduo: reflexões acerca da filosofia do sujeito*. Rio de Janeiro: Difel, 1998. p. 20). Mas é necessário frisar que não nos se pode seduzir pelo novo individualismo que usa como equivalentes sujeito/indivíduo e autonomia/dependência.

Por outro lado, os direitos da personalidade vinculados aos direitos fundamentais representam um terreno fértil para refundar a noção de subordinação jurídica na nova configuração do trabalho imaterial. Tanto as liberdades públicas quanto os direitos da personalidade do trabalhador dizem respeito a garantias da pessoa, do indivíduo, dentro e fora da relação obrigacional do contrato de trabalho. A subordinação da subjetividade do trabalhador propalada pela nova cultura da empresa e a nova organização produtiva, aqui trabalhada no conceito de trabalho imaterial, requer um instrumental que também compreenda a ampla difusão da sujeição.²¹⁴

A partir desses pressupostos norteadores, defende-se uma reconstrução do conceito de subordinação jurídica, segundo o modelo tradicional conhecido no Brasil e nos diversos países ocidentais de tradição latina do direito. A renovação, aqui, é pensada como uma nova reestruturação normativa no sentido amplo, que a concebe como um modelo aberto à compreensão hermenêutica do que se pode reconhecer como um trabalho dependente e subordinado que reclama proteção do direito estatal do trabalho.²¹⁵ Nessa proposta, o ponto de partida é a crítica até aqui feita do modelo tradicional, que, mais do que reproduzir o seu histórico, tenta relacionar os seus paradoxos, trabalhando, ainda, com a noção de transição do direito do trabalho. Edificar e reconstruir uma nova normatividade se revelou indispensável, se é que se acredita nas potencialidades do projeto de um direito moderno dentro da modernidade, claudicante, porém ainda não esgotado. No capítulo anterior, foi

²¹⁴ Nesse sentido é o que A. Jeammaud já reconheceu, em que pese em outros termos, que “Ce renforcement textuel de la protection de la personne du salarié constitue sans doute un ajustement du droit à des nouvelles données contextuelles ou à des nouveaux aspects de la subordination salariale”. JEAMMAUD, Antonie. *Le droit du travail en changement. Essai d'une mesure. Droit Social*, p. 219, 1998). Em tradução livre do autor, lê-se que: “Este reforço textual da proteção da pessoa do empregado constitui, sem dúvida, uma adaptação do direito aos novos dados contextuais ou aos novos aspectos da subordinação salarial”.

²¹⁵ Essa proposta se localiza numa concepção crítica, mas também reconstrutiva da dogmática jurídica, cujo esforço está em empreender uma revisão de temas clássicos do direito à luz de uma hermenêutica constitucional renovada. Este trabalho de construção e reconstrução teórica já vem sendo feito com grande sucesso no direito civil, por exemplo, onde os velhos institutos civilistas, de viés patrimonialista do século XIX, são revisitados numa perspectiva nova, agora com uma visão despatrimonialista. Porém, esse caminho não descarta de uma fundamentação racional normativa e de uma hermenêutica que, em direção aos direitos fundamentais da pessoa humana, do direito à vida, entre outros, propõe uma revalorização do peso desses princípios constitucionais no processo de interpretação e concretização da norma.

travado um diálogo com as alternativas em debate no direito do trabalho, justamente para evidenciar que as soluções devem ser elaboradas a partir de uma discussão em torno do papel do direito estatal do trabalho. Ou seja, é preciso responder primeiro: para que serve o direito do trabalho e a noção jurídica de subordinação que o delimita? Após desnudar as diversas implicações entre subordinação jurídica, como projeto de igualdade jurídica formal, a patrimonialização das relações de trabalho e a sujeição reproduzida pelos vínculos de autoridade e poder, indicam ser possível superar essas aporias para uma aproximação da idéia de um procedimento normativo operacional de afirmação e concretização, para além da estruturação figurada entre hierarquia, comando e subordinação.

O critério da noção de subordinação jurídica deve ser redefinido para reconhecer, *a priori*, a possibilidade de um estado de subordinação em todas as atividades de natureza pessoal e com certa continuidade. O esquema técnico da subordinação jurídica, tal como o concebido por L. Barassi, a mais de um século, pressupunha que a evolução da subordinação se daria pela evolução do contrato de trabalho, ou seja, pela autonomia da vontade. O saldo desse século é que o critério da subordinação para qualificar o contrato de trabalho ficou atrofiado, criando um grande fosso entre regulação e proteção social. A regulação do trabalho subordinado, segundo o esquema da subordinação jurídica, perdeu sua capacidade teórica e prática de qualificação do contrato de trabalho. Teórica, porque, ao conferir ao trabalhador a condição de sujeito e objeto, numa relação patrimonialista, representou um claro obstáculo à valorização do trabalho e à dignidade da pessoa humana. Além disso, deixou de responder às implicações da submissão da subjetividade do trabalhador na nova centralidade do trabalho imaterial. No plano prático, o critério da subordinação, as antigas incertezas e inseguranças se revelaram definitivamente ineficazes, dando lugar à tendência de uma irracionalidade generalizada das decisões judiciais. O novo modelo deve, agora, incorporar as múltiplas formas de trabalho pessoal, as quais devem receber uma sistematização normativa coerente com a autonomia controlada. Essa proposta deve

ser pensada como uma regulação ampla, como um horizonte da política interpretativa e normativa.²¹⁶

O velho direito do trabalho, de cunho civilista, patrimonialista, estruturado numa relação obrigacional, deve assim romper com a subordinação jurídica, que foi edificada sob o binômio “autoridade” e “subordinação”, passando a operar também fora da relação estritamente contratual, para reconhecer, por exemplo, uma conformação com os direitos fundamentais dos trabalhadores. Essa é uma postura contra o absenteísmo do direito do trabalho e a defesa de novas juridicidades, sobretudo as conquistas adquiridas no processo de constitucionalização dos direitos sociais, que migraram para a Constituição dos países democráticos, tal como se deu no Brasil com a Constituição de 1988. É preciso uma postura hermenêutica que possibilite, por exemplo, a articulação e a concreção de direitos dos trabalhadores à aposentadoria, à saúde e à segurança no trabalho.

Caso persista a atrofia do modelo contratual estrito, o direito do trabalho perderá sua vocação histórica de proteção, pois o seu *modus operandi*, hoje, tende a contribuir para o aumento do trabalho precário e informal e, onde não há o Estado regulador das relações sociais existe, como afirmou B. de S. Santos, um “facismo social”.²¹⁷ Acriticamente, o fenômeno da contratualização das relações sociais tem povoado a jurisprudência. Há uma clara tendência da jurisprudência em dar prevalência ao contrato civil em detrimento da lei, muitas vezes da própria Constituição. É verdade que, nas décadas de 50 a 80, houve um esforço para fortalecer a autonomia privada coletiva. Mas isso, hoje, somente fortalece a desigualdade. Por outro lado, os sindicatos, em sua estratégia defensiva diante do desemprego, têm pautado suas ações na defesa do trabalho e não mais do emprego. Essa diferenciação é substancial, pois a autonomia privada coletiva deixou de ter o papel de propiciar a melhoria das condições de trabalho. Os instrumentos coletivos, em sua maioria, têm sido utilizados para criar um direito do trabalho flexível e precário, adaptado às novas exigências da empresa e ao processo de

²¹⁶ GRANDI, Mario, *op. cit.*, p. 13

²¹⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. Os facismos sociais, *op. cit.*, p. 6.

individualização do trabalho. Esse resultado, no embate dos atores sociais (empresas e sindicatos), é perfeitamente compreensível, pelo momento de regressão da ação sindical. A outra tarefa é acabar com a distinção irredutível entre trabalho autônomo e trabalho dependente, que representou até aqui um momento histórico com vistas a superar a condição dos vínculos pessoais da sociedade da tradição e da dependência de caráter pessoal. Uma nova tipificação do trabalho pessoal inserido na empresa, que remodele e amplie a esfera da qualificação do contrato de trabalho, ainda depende, para sua concretização, da jurisprudência no processo de interpretação e de garantia do direito. Portanto, é imperioso atuar em duas direções estratégicas: uma nova pré-compreensão no processo hermenêutico pela jurisprudência e, também uma reorientação do legislador. Essa é uma perspectiva hermenêutica (como prática da jurisprudência), que faz a interação social num país com um déficit de modernidade frente a uma normatividade constitucional. A redefinição que se propõe tem, portanto, duas abordagens, a primeira de uma perspectiva legislativa, e a segunda, jurisprudencial, que conservam, porém, como idéia central, a refundamentação de uma noção de subordinação como mecanismo de acesso a garantias e direitos.

5.2 REGULAÇÃO DO TRABALHO AUTÔNOMO SUBORDINADO

O trabalho autônomo, historicamente vinculado à idéia das empresas individuais, artesanato, cooperativa, reaparece com tipo novo na produção pós-fordista, com pequenas empresas de serviços, que oferecem trabalho precário (longas jornadas, baixa remuneração, trabalho informal). O novo trabalho autônomo se apresenta como um retorno a modalidades produtivas e de exploração da mão-de-obra pré-fordista, porém, agora, com uma maior intensificação dos níveis de cooperação, dos saberes e das subjetividades dos trabalhadores.²¹⁸ No trabalho autônomo de segunda geração, não há mais vinculação pelo salário, mas pela

²¹⁸ NEGRI, Antonio. LAZZARATO, Maurizio, *op. cit.*, p. 92-93.

renda. Esse mecanismo proporciona um controle financeiro indireto do trabalhador, um verdadeiro controle sobre sua vida.

Essa nova modalidade de autonomia, fenômeno de “autonomização,” representa um novo e renovado modo de cooperação e gestão do trabalho, que tem como impacto a redefinição do trabalho assalariado clássico. O capitalismo convive, hoje, com vários modos de produção, sendo o pós-fordista mais uma experiência.²¹⁹ Na lógica do capitalismo pós-fordista, a comunidade é que aparece com papel determinante na organização da produção, onde “mais valia” é substituída por “mais comunidade”.

A problemática da subordinação pós-fordista opera no processo da complexidade da relação econômica e da relação de poder, que aparecem em formas distintas, mas implicadas, como diferentes subjetividades; portanto, de difícil definição homogênea ou ontológica. Mas isso evidencia que a separação binária entre autônomos e empregados, feita pelo direito do trabalho, não pode mais ser justificada. Os autônomos se caracterizavam pela evidência de uma obrigação contratual de resultado e não de meio, o que dava a noção de autonomia. No novo trabalho autônomo, as obrigações de resultado são intensificadas em detrimento das obrigações de meio e, assim, se confere aos trabalhadores certa autonomia na execução do trabalho. Podem-se vislumbrar, hoje, esferas de autonomia na subordinação, como dependência na autonomia. Como regular o trabalho autônomo dependente? Na verdade, isso não representa uma novidade para o direito do trabalho. O próprio direito do trabalho, num processo de alargamento da noção de subordinação, já assimilou várias atividades que congregam parcelas de autonomia, profissões não assalariadas (médicos e advogados, por exemplo). Um dos argumentos que contribuiu para que essas atividades fossem gradativamente incorporadas no direito do trabalho é o fato de possuírem uma dependência na autonomia.²²⁰

²¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 95

²²⁰ Não se profetiza o fim da utopia da autonomia do trabalho, mas a racionalidade econômica e técnica fizeram esvaziar o lugar da autonomia. Na opinião de J. Habermas, o desenvolvimento das forças produtivas, e não o desemprego, com a maximização da razão técnica e do Estado Social

Mas os referenciais de subordinação pela subjetividade e a nova compreensão de autonomia devem representar o ponto de partida de uma nova estruturação, já que, se mantida a moldura estreita da subordinação jurídica, a falta de operacionalidade do direito do trabalho tende a ser cada vez maior.

O trabalho autônomo, agora, mantém uma disciplina de controle difuso, não restrita à jornada de trabalho, mas à vida do trabalhador: “Se a continuidade da disciplina da fábrica exercitava-se sobre uma parte, definida contratualmente, da vida, hoje o controle indireto se exercita sobre a totalidade da vida do trabalhador autônomo”.²²¹ Uma reformulação da subordinação jurídica deve se dar em torno da autonomia renovada. É verdade que se está falando de uma autonomia relativa, já que não é possível compreendê-la como um processo de emancipação do trabalho, como propugnado, por exemplo, por uma tradição marxista.²²² A autonomia que, identificada, se dá na execução de certas tarefas, gestão do tempo, no modo e no lugar. O controle discricionário do empregador à moda taylorista, que pelo critério do tempo levou às últimas conseqüências, embora subsista, se acha diluído no poder patronal, que valoriza a iniciativa e a responsabilidade; porém, dá ênfase ao resultado do trabalho.

(compromisso fordista) fez os trabalhadores renunciarem ao projeto de autonomia. O argumento de J. HABERMAS é de que a inviabilização da autonomia se deu, ainda, pela burocratização e esgotamento do Estado Social e a instrumentalização do trabalho (Ver O discurso filosófico da modernidade). A. GORZ também demonstrou que a experiência do comunismo na extinta URSS demonstra que o trabalho autônomo não é conquistado pela simples distribuição dos meios de produção (Ver Adeus ao proletariado). Atualmente, há projetos distintos que buscam demonstrar que ainda há lugar para a autonomia do trabalho, de realização pessoal e de integração. Em geral, essas experiências trabalham com a noção de atividade, dando valor a qualquer trabalho, mesmo o não produtivo, valorizando as atividades socialmente úteis. Enfim, visam a dar uma conotação positiva do trabalho, dissociada da empresa e do trabalho assalariado (O projeto da economia solidária é hoje um projeto com grande repercussão nessa direção).

²²¹ NEGRI, Antonio; LAZZARATO, Maurizio, *op. cit.*, p. 94.

²²² A discussão em torno da autonomia e do novo modo de trabalho faz renascer um debate: as novas formas de organização do trabalho criariam uma maior valorização do trabalho? Para Piore e Sabel, sim. Sustentam que o computador “é uma máquina que atende à definição de Marx da ferramenta do artesão: é um instrumento que reage à capacidade produtiva do usuário e a amplia.” E concluem que, na especialização flexível, o computador “restabelece o controle humano sobre o processo de produção”. Mas esse novo contexto, em que se vê o renascimento das formas artesanais de trabalho e, simultaneamente, a expansão do capitalismo revela uma ambivalência histórica. Ou seja, um fortalecimento do capitalismo e a reintrodução de formas emancipatórias de trabalho. Esse debate é bem reproduzido pelos autores pós-fordistas da escola dos “Novos Tempos”, muito inspirados em Gramsci. (KUMAR, Krishan, *op. cit.*, p. 60-62)

Por isso, é correta a advertência de A. Supiot, ao chamar a atenção dos juristas que ainda insistem em ignorar os impactos das novas formas de gestão da mão-de-obra, que passam a valorizar a autonomia do empregado.²²³ Esse relato leva a reconhecer, ao contrário da oposição que o direito do trabalho faz entre dependentes e autônomos, que é possível uma conciliação entre ambos. Ou seja, é perfeitamente possível reconhecer, para fins de proteção social, aspectos de autonomia numa relação salarial e subordinação numa atividade autônoma.²²⁴

A questão é: como propor uma regulação que contemple todas as esferas de autonomia do trabalho e os espaços de subjetividade? Ou, ainda, como propor uma rearticulação entre autonomia com o trabalho subordinado, cujo fundamento está na subordinação à subjetividade? Evidentemente, é muito difícil instituir um novo instrumental operacional para o direito do trabalho que redefina ou substitua o critério da subordinação jurídica. A simples referência da subordinação pelo critério da subjetividade apropriada pelo trabalho que compreenda todo o tempo do trabalhador não seria possível, pois, ao incluir tudo, nada define. Este é o impasse da nova configuração do controle do trabalho. Como não há mais divisão entre tempo de trabalho e de não-trabalho, mas apenas tempo do trabalhador, a subordinação por este critério cairia num hiper-dimensionamento sem valor prático para sua delimitação.

²²³ “L’idée d’automatisation du salaire est centrale dans les dernières théories du management et dans les normes de gestion qu’elles promeuvent au sein des entreprises. Les juristes demeurent malheureusement insuffisamment attentifs à ces normes de gestion, qui prétendent à l’universalité, qui interfèrent avec le droit du travail et sont pourtant de nature à éclairer les évolutions observées sur le terrain proprement juridique” (SUPIOT, Alain. *Les nouveaux visages...*, op. cit., p. 134). Em tradução livre: “A idéia de automização do empregado é central nas últimas teorias da administração e das normas de gestão que elas promovem no seio das empresas. Os juristas permanecem infelizmente insuficientemente atentos a estas normas de gestão, que pretende a universalidade, que interferem com o direito do trabalho e são, portanto, de natureza a esclarecer as evoluções observadas sobre o terreno propriamente jurídico”.

²²⁴ Nesse sentido se pronunciou A. SUPIOT: “Le travailleur salarié n’est plus nécessairement un simple rouage dépourvu d’initiative dans une organisation fortement hiérarchisée. Et le travailleur indépendant n’est plus nécessairement un entrepreneur libre d’ouvrir comme bon lui semble. Le travail salarié fait place à ce qu’on peut appeler l’autonomie dans la subordination, tandis que réciproquement le travail non salarié s’est ouvert à ce qu’on peut appeler l’allégeance dans l’indépendance.”(SUPIOT, Alain. *Les nouveaux visages ...*, op. cit., p. 133). Em tradução livre: “O trabalhador empregado não é mais necessariamente uma simples peça desprovida de iniciativa numa organização fortemente hierarquizada. E o trabalhador independente não é mais um empreendedor livre para trabalhar como bem entender. O trabalho assalariado ocupa o lugar que podemos chamar de autonomia na subordinação, ao passo que reciprocamente o trabalho não empregado se abre ao que podemos chamar de dever de fidelidade na independência”

Por outro lado, perdeu sentido a noção clássica do contrato de trabalho pensada apenas como relação de emprego, como uma relação direta, produtiva e subordinada. Esse modelo desconsidera todos os elementos oriundos da autonomia da pessoa (formação, envolvimento do trabalho e demais tarefas “desnaturalizadas”). Com isso, o tempo não se mede mais pelo contrato de trabalho, pois não se tem noção onde começa e onde termina a jornada. O velho contrato de trabalho desconsidera, por exemplo, a relação da empresa com os subcontratados. Porém, o fato é que a prescrição real e subordinada do trabalho continua.

A menção que se faz à possibilidade de um trabalho autônomo subordinado, no quadro jurídico da relação de trabalho, tem uma justificativa metodológica, para possibilitar ao direito do trabalho romper com a dicotomia entre autonomia e subordinação. É essa separação estanque, que cria inúmeras incertezas, produz as “zonas fronteiriças” e impede que o direito do trabalho institua um novo modelo jurídico, que inclua a prestação de trabalho intermediário entre dependentes e independentes, a exemplo das novas relações de cooperação e colaboração em emergência (trabalho por meio de cooperativas).

Por isso, o trabalho autônomo subordinado deve ser entendido como trabalho pessoal, não ocasional, coordenado e sem emprego de organização própria. A tutela do trabalho subordinado autônomo poderia se dar aos que prestam serviços numa relação de colaboração por meio de direitos à formação, direitos pela rescisão contratual, direito à previdência social, direito sindical e direito à contratação coletiva. O resto ficaria no campo de liberdade contratual. Esta seria uma espécie de contrato de trabalho autônomo, pois se localiza entre subordinação e autonomia.

A viabilização desta proposta melhor se daria via legislativa, onde se estabelecessem o conceito da relação de colaboração e os direitos inerentes. O reconhecimento da subordinação jurídica, para algumas categorias de autônomos, poderia permitir uma equiparação ao empregado, para fins de proteção social da legislação trabalhista e previdenciária. É possível também que se tenha um corpo normativo mínimo de tutela ao trabalho autônomo subordinado. A superação da noção de subordinação, construída em oposição ao trabalho autônomo, diante da

nova realidade sócio-econômica compreendida pelo trabalho imaterial, ao reconhecer a invasão da subordinação fora da esfera da relação obrigacional clássica, traz, certamente, inúmeras implicações decorrentes da aproximação entre trabalho autônomo e trabalho dependente.

A problemática da defesa de uma tutela mínima para toda atividade humana pessoal prestada por conta de outrem, é justificada pelo traço comum que o valor do trabalho ainda congrega: segurança física e econômica. Essa proposta de inclusão, que propugna por um direito do trabalho maior, merece um revisitar. É perfeitamente justificável a defender que é necessário assegurar uma proteção mínima para o trabalho autônomo, quando presente, pelo menos, a dependência econômica. Essa proteção mínima a ser tutelada se revela fundamental em questões como acesso à justiça, saúde no trabalho, aposentadoria e pensão. É uma solução legislativa, obviamente, mas também pode traduzir-se num referencial de interpretação e aplicação do direito do trabalho.

Não parece justificável, para o direito do trabalho, prosseguir e insistir na defesa da velha dicotomia entre trabalho autônomo e trabalho subordinado, conferindo a este toda a proteção dos direitos sociais e àquele, o contrato civil ou mercantil. Em essência, o trabalho autônomo, aqui referido ao trabalho pessoal por conta alheia, somente se diferencia do trabalho classicamente tido como subordinado, por um maior grau de sujeição na execução do trabalho. Ora, se a diferença é apenas de grau de subordinação, não se poderia criar um verdadeiro abismo de regulação para a proteção apenas de um tipo de trabalho pessoal, relegando a outro a esfera civilista do contrato. A incidência do estatuto da proteção tem como finalidade primeira limitar o poder privado de uma das partes na relação contratual. No trabalho autônomo, esse poder também se impõe, justificando, assim, a sua limitação pela regulação. Além disso, o autônomo é cada vez mais dependente do mercado de trabalho, do consumo, da aposentadoria, enfim, da proteção do Estado.

Se para o empregado, há proteção ampla no direito do trabalho e na seguridade social, ao autônomo não se pode atribuir nenhuma tutela a não ser o

contrato civil. Tratando-se de proteção social, não é possível conviver com um tudo ou nada, pois não podemos ignorar que um dos maiores papéis do direito do trabalho moderno é o de redistribuir a quantidade de tutela. Por outro lado, a empresa também deve ter responsabilidade social pelo trabalho independente. Essa mesma justificativa, ainda, se amolda aos princípios da valorização do trabalho, dignidade da pessoa humana e, também, à concreção do princípio constitucional da igualdade e da não-discriminação.

5.2.1 Tutela mínima em matéria de meio ambiente do trabalho

As possibilidades de atribuição de tutela para o trabalho autônomo, porém prestado pessoalmente e com dependência econômica, são muitas. A proteção e a defesa do direito a um meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado, que promova a saúde e resguarde a integridade física do trabalhador, é uma possibilidade concreta de proteção do trabalho autônomo subordinado.²²⁵ O meio ambiente do trabalho deve ser entendido como um direito fundamental, quer pela aproximação teórica entre meio ambiente natural e cultural, quer pela ampliação normativa introduzida pela Constituição brasileira, que, numa interpretação sistemática, revela uma opção clara pelo direito a um meio ambiente do trabalho no Brasil.²²⁶

Se o direito a um meio ambiente de trabalho é considerado como um direito fundamental, a sua vinculação se dá apenas aos detentores de um contrato de trabalho? Ou melhor, seria possível estender tais garantias e direitos também aos

²²⁵ O direito ao seguro-desemprego, aposentadoria e pensão e o acesso ao processo do trabalho, com a alteração na competência fixada pelo artigo 114 da Constituição brasileira, também representaria uma tutela mínima a todo trabalho pessoal a título oneroso.

²²⁶ “O artigo 225 da Constituição explicita textualmente que: ‘Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (...)’, garante um direito social e individual, como condição à preservação e à promoção da qualidade de vida. A inserção do ambiente de trabalho no meio ambiente (geral) indica estar contemplado no dispositivo o meio ambiente de trabalho (artificial). A partir desse referencial, várias conexões podem ser realizadas com outras normas constitucionais, mas a segurança e a saúde do trabalhador estão diretamente associadas à garantia do meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado.” (MACHADO, Sidnei. *O direito à proteção do meio ambiente de trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2000. p. 89).

trabalhadores não empregados? Toda a estruturação normativa, sobretudo as normas técnicas de proteção à saúde e segurança no trabalho no Brasil, se deram pela legislação ordinária (CLT, Decretos, Portarias e as Normas Regulamentadoras - NRs), com vistas a disciplinar as obrigações do empregador insitas no contrato de trabalho. Mas a migração desse direito para a Constituição, assim como a sua ampliação para a noção de “meio ambiente do trabalho”, deve comportar uma compreensão ampla do direito não mais restrita ao vínculo contratual.

Não há justificativas para não compreender o direito a um meio ambiente de trabalho equilibrado como um direito direcionado à pessoa do trabalhador, independente da natureza civil ou trabalhista do vínculo jurídico, desde que haja prestação pessoal de trabalho. Não há como justificar, por exemplo, que um empregado da construção civil tenha assegurado o direito a um amplo esquema de segurança física para evitar um acidente de trabalho e, ao seu lado, um outro trabalhador, nas mesmas condições ambientais, porém que preste serviço com vínculo jurídico denominado autônomo, não tenha direito a exigir nenhuma proteção.

A Constituição brasileira de 1988, em verdade, contempla o direito ao meio ambiente de trabalho, à saúde e à integridade física como garantia dos trabalhadores, sem fazer qualquer restrição à sua aplicação aos não-empregados.²²⁷ Trata-se, então, de um direito fundamental, cujo fundamento não é exclusivo do empregado ou dos que mantêm contrato de trabalho. A tutela deve ser estendida a todos aqueles que prestem um trabalho pessoal, independente de qualificado como contrato de trabalho, pois, do contrário, instituir-se-ia um critério de discriminação àqueles trabalhadores que, por razões diversas, não estão vinculados a um contrato de trabalho.

Afirmado o direito fundamental para trabalhadores, ao meio ambiente do trabalho, para empregados ou não, sustenta-se que a restrição da tutela, aqui,

²²⁷ O artigo 7º da Constituição diz que: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição”. O inciso XXII, por sua vez, garante o direito “à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de medidas de segurança e higiene”.

também vem sendo feita pelo critério da subordinação jurídica, que, obviamente, não apenas qualifica o contrato de trabalho, mas também limita a tutela. A tutela mínima em questões de meio ambiente do trabalho, além de constituir uma exigência ética de proteção da dignidade da pessoa humana, encontra ampla possibilidade de fundamentação na Constituição brasileira. Em síntese, essa ponte pode viabilizar uma redistribuição da tutela, uma tutela mínima, ajustada às tendências da nova autonomia do trabalho. Assim, poder-se-ia criar uma espécie de direito comum ao meio ambiente de trabalho, que contemple trabalhadores dependentes e autônomos.

O fundamento da tutela não é somente o contrato de trabalho, que, por si só, impõe ao empregador o dever de garantia à saúde e à integridade física do trabalhador, mas também pela extensão espacial e temporal da subordinação jurídica para além do portão da fábrica, antes, tempo de não-trabalho.

5.3 O RESGATE DA NOÇÃO DE DEPENDÊNCIA JURÍDICA E ECONÔMICA

Ao longo de mais de cem anos, o direito do trabalho, embora tenha evoluído para o conceito de subordinação jurídica, reconheceu sua insuficiência na proteção de parcelas de trabalhadores que, não ajustados ao critério sistemático, necessitavam de proteção social. Assim se deu com a extensão do direito do trabalho aos trabalhadores em domicílio, aos gerentes, que, executando o trabalho com certa autonomia, mantinham dependência econômica em relação àqueles que os contratavam. O direito do trabalho, de fato, não abandonou completamente o critério da dependência econômica. Novamente, na tensão entre regulação e prática social, uma política de direito do trabalho estendeu a proteção pelo argumento da dependência econômica. Trata-se, agora, de dar mais um passo na mesma direção do fundamento da dependência econômica, para contemplar os novos dependentes, que, investidos num trabalho pessoal, com condição jurídica e econômica precárias, necessitam de uma proteção social equivalente aos trabalhadores assalariados.

Reafirmada a dependência econômica, ainda resta avançar para um critério jurídico operacional. Nessa direção, tem surgido também a utilização crescente, no processo de interpretação e compreensão do trabalho dependente, do peso do risco econômico suportado pelo trabalhador. De certa forma, o critério da dependência econômica, que prevaleceu na jurisprudência até a década de 30 do século passado, é revigorado, agora, com outros fundamentos. Não é a dependência econômica de natureza pessoal do trabalhador para com o empregador que permite a qualificação do contrato de trabalho; todavia, as novas modalidades contratuais e as novas formas de emprego, indiscutivelmente impõem um trabalho pessoal com grande dependência econômica em relação ao tomador do trabalho. A diferença dessa nova moldura da dependência econômica é que ela se dá pelo contrato ou pela posição contratual.²²⁸

A dependência jurídica coloca em discussão o elemento liberdade contratual não contemplado pela noção tradicional da subordinação jurídica. Um intenso debate de regulamentação legislativa, na Alemanha, já trabalha nessa perspectiva. Com o objetivo de conferir um novo conceito de empregado, os legisladores alemães propõem introduzir, como presunção da subordinação, o fator do risco empresarial e as oportunidades empresariais. Ou seja, tenta-se verificar se o trabalhador, além de gozar dos riscos empresariais, tem assegurado amplamente as oportunidades empresariais, pois, do contrário, isso seria um indicador de um status de empregado.²²⁹

²²⁸ Na tentativa de buscar um critério mais eficiente e seguro para a caracterização do contrato de trabalho, uma doutrina que teve certa influência foi a que propugnou pela substituição da noção de subordinação pelo critério da alteridade. O defensor dessa tese foi M. A. OLEA. O argumento é de que o contrato de trabalho deveria ser definido por um trabalho livre, produtivo e realizado por conta de outrem. Assim, o interesse se desloca da noção de dependência para se fixar na idéia de que o contrato se vincula pelos frutos do contrato. Essa tese perde adeptos. A alteridade não representa uma nota característica do contrato de trabalho, mas uma tentativa de substituição da noção de subordinação jurídica, o que acabou por perder vigor. Muitas críticas foram dirigidas ao critério, a começar pelo seu hiper-dimensionamento do trabalho livre; além disso, a alteridade está presente em diversos contratos, tais como o mandato e a sociedade.

²²⁹ Esse novo enfoque vem sendo discutido na Alemanha: "Since autonomy, creativity, working time flexibility as well as the freedom to decide on the work performance as such are becoming more and more important features of the modern working reality a relevant group of scholars is on search for a new criterion, no fully replacing but at least amending the traditional category of 'subordination'". The key notion in this context has become entrepreneurial risk. The decisive perspective is the fair balance between entrepreneurial risks and entrepreneurial chances. If an individual is in a contractual

Poder-se-ia, assim, reconhecer que o critério da subordinação jurídica foi modificado pelo de dependência econômica. Superado o formalismo jurídico do vínculo, constatada a insegurança da técnica da jurisprudência para a delimitação da subordinação jurídica, o novo critério da subordinação reconheceria o contrato de trabalho como decorrência de uma espécie de “dependência jurídica”. A relação contratual na subcontratação bem pode evidenciar essa nova configuração. O trabalho pessoal por meio de um contrato mercantil, sem a subordinação direta, segundo a jurisprudência dos tribunais, não gera vínculo de emprego com o tomador da mão-de-obra.²³⁰ É o caso, ainda, da prestação de serviço pessoal por meio de uma pequena empresa, tendo como único cliente uma grande unidade produtiva, geralmente ligada a uma rede produtiva. É a mesma posição dos vendedores com cláusula de exclusividade, que comercializam produtos somente a um único fornecedor, obrigando-se a cumprir as condições impostas de preço e modalidades de venda. A rigor, esses trabalhos não se compatibilizam com os critérios de autonomia individual e independência; porém, dada a condição desfavorável na contratação, a plena inserção do trabalhador na rede produtiva e, finalmente, a sujeição às condições de remuneração e renda do trabalho impostas pela organização produtiva, ficam evidenciadas a dependência econômica e jurídica.

É indiscutível que, em diversas atividades pessoais, conquanto não esteja presente a denominada subordinação direta, está evidenciada uma dependência jurídica e econômica do trabalhador para com a empresa tomadora. A dependência é veiculada pelo contrato civil, que lhe impõe condições que implicam envolvimento pessoal no trabalho, controle sobre a qualidade do produto ou serviço e, na maioria

relationship which puts on him or her entrepreneurial risks but which due to ‘subordination’ does not allow him or her to make use of entrepreneurial chances, he or she is considered to be an ‘employee’” (The EVOLUTION of concept of subordination. The german experience. p. 67-68). Em tradução livre do autor, lê-se que: “Como autonomia, criatividade, flexibilidade de horário de trabalho, assim como a liberdade para decidir sobre a performance de trabalho estão se tornando aspectos mais e mais importantes da moderna realidade de trabalho, um importante grupo de estudiosos está em busca de um novo critério, não inteiramente modificado mas ao menos, emendando a tradicional categoria da subordinação. A noção chave neste contexto são os riscos empresariais. A idéia decisiva é o justo equilíbrio entre riscos empresariais e oportunidades empresariais. Se um indivíduo está numa relação contratual que impõe os riscos empresariais dele ou dela, mas devido à subordinação não permite que ele ou ela faça uso das oportunidades empresariais, ele ou ela é considerada empregado”.

²³⁰ É o que dispõe o Enunciado 331 do C. TST “Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem

das vezes, sobre o resultado quantitativo da produção. Enfim, a dependência jurídica representa uma espécie de subordinação indireta.

Por subordinação indireta, compreende-se o trabalhador vinculado a uma pequena empresa que atua de forma coordenada e interdependente numa rede produtiva, sem uma necessária hierarquia organizativa, com contratos remunerados basicamente pelo resultado, com valorização da autonomia, sem jornada contratual. Diferencia-se da subordinação direta, em razão de os trabalhadores não estarem vinculados a uma empresa que os contratou diretamente por meio de um contrato padrão para prestar trabalho contínuo, organizado com certa hierarquia, com jornada legal e fiscalização direta no local de trabalho. Não se confundem também com os novos trabalhadores autônomos, que surgem no processo de revalorização da autonomia do trabalho, cujas características são o de não possuírem vínculo formal, gozarem de certa autonomia na organização do tempo, possuírem certa exclusividade, trabalharem com seus próprios instrumentos de trabalho (em geral em domicílio), e se vincularem a uma organização produtiva para a qual o trabalho é remunerado, em geral pelo resultado.

A cada dia, torna-se mais indispensável continuar a pensar o direito do trabalho com a economia. Trabalho autônomo ou dependente, renda e remuneração, decorrem da compreensão e do enquadramento do trabalho, que se localizam entre a esfera privada e pública. O que antes justificava uma dependência econômica do operário hipossuficiente, agora se pode perfeitamente estender essa dependência para grande parte dos trabalhadores no mercado de trabalho que, apesar de não mais se sujeitarem ao controle pessoal rígido, se encontram vinculados a um estado de dependência econômica e também jurídica àqueles que lhe tomam trabalho. A maior autonomia vem acompanhada de uma maior dependência econômica, provocando não uma subordinação jurídica pela submissão ao poder hierárquico e disciplinar, mas um estado de subordinação.

como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a personalidade e a subordinação direta” (item III).

Um trabalhador vendedor pode não estar vinculado a nenhuma regra que se identifique com controle, comando ou disciplina; porém, a sua condição é de assalariado, dado o peso da dependência econômica. No pós-fordismo, essa tem sido uma tendência, pois, a cada dia, o trabalho se torna mais autônomo, já que menos prescritivo; no entanto, a relação do trabalhador com o tomador se dá com plena característica de dependência econômica. Aqui, fica evidenciado apenas o elemento da inserção do trabalhador na organização da produção alheia, o qual induz que há sujeição do trabalhador ao empregador. Nessa perspectiva, o elemento fundamental seria a identificação da posição do trabalhador na relação de produção.²³¹

A inadequação e a ineficácia dos critérios utilizados pela jurisprudência podem ser, em parte, equacionados pela adoção supletiva do critério da dependência econômica, agora justificada pela compreensão da dependência gerada por um trabalho pessoal, por conta de outrem, inserido numa organização produtiva.²³² À primeira vista, essa mudança representaria um alargamento do critério da subordinação jurídica. Porém, trata-se de uma proposta que elimina a presunção subjetiva dos indícios gestados pela prática jurisprudencial, com o objetivo de introduzir um critério flexível e adaptado às mudanças na gestão e organização do trabalho e, portanto, adaptável à nova dinâmica do trabalho pós-industrial. Pelo critério da dependência econômica, um grande contingente de trabalhadores enquadrados como autônomos, por falta de uma delimitação melhor de sua posição no mercado (sobretudo o novo trabalho autônomo unipessoal) ou que se localizam nas “zonas fronteiriças” (sem definição clara de sua condição), pode ser equiparado aos empregados, para fins específicos de proteção de alguns direitos conferidos aos trabalhadores.

²³¹ FERNANDES. A. L. Monteiro, *op. cit.*, p. 127.

²³² Esses fundamentos é que já propiciaram a equiparação dos trabalhadores em domicílio e profissionais liberais, aos assalariados, apesar de não possuírem uma conformação clara com os critérios definidos pela subordinação jurídica.

5.4 A NOÇÃO JURÍDICA DE EMPREGADO

A fragmentação da noção da subordinação jurídica, no plano teórico e operacional, produziu enorme relativização das noções de trabalho dependente e independente, construídas pelo direito do trabalho brasileiro. Há trabalhadores sem subordinação, mas que prestam trabalho na condição de assalariados, o que prova uma enorme dissociação entre a noção de empregado e assalariado subordinado. A opção brasileira, para definir o empregado e o empregador, se deu a partir dos elementos extraídos do texto dos artigos 2º e 3º da CLT. O artigo 2º, ao definir o empregador, diz que é aquele que “dirige” a prestação de serviços, e o art. 3º diz que o empregado é aquele “dependente”.²³³

A definição de empregado e de empregador tem sido o caminho preferido nos processos de interpretação judicial para configuração da relação de emprego. Conquanto não se tenha um conceito legal de “dependência” ou “subordinação

²³³ Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. Antes da CLT, a referência à denominação “empregado” aparece na legislação brasileira pela primeira vez com o Decreto n. 1.313, de 17.01.1891, que regulava o trabalho dos menores nas fábricas. Depois, surge a denominação “trabalhador” pela Lei n. 173, de 10.09.1893, para as associações de trabalhadores rurais. Em fins do século XIX toda a discussão legislativa no parlamento brasileiro se dirigia a regular o trabalho dos “operários”. A regulação do trabalho do “empregado” somente se firma com a Legislação Previdenciária, por meio do Decreto n. 20.465, de 01.10.1931. Nas legislações sociais subseqüentes, o termo “empregado” ganha total hegemonia. Porém, não houve na legislação brasileira um rigor no uso e diferenciação entre empregado e trabalhador. Na Lei de Acidentes de Trabalho (Lei n. 5.316, de 14.09.1967), as duas figuras são equiparadas, fazendo ainda várias referências ora a empregados domésticos, ora a trabalhadores rurais. O “trabalhador rural” é reconhecido para fins de proteção pelo então Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n. 4.214/1963), embora requeresse a demonstração dos requisitos de subordinação e da não-eventualidade. A Lei n. 5.889/73, que revogou o ETR, apesar de definir o empregado rural pela subordinação, permitia a aplicação de suas normas “aos trabalhadores rurais não compreendidos na definição do art. 2º, que prestem serviços a empregador rural” (art.17). O art. 7º da CLT também faz referência a “trabalhador rural”. A Lei 3.807, de 26.08.1960, que regula a Previdência Sódia, equiparou “empregados” e “autônomos” como contribuintes obrigatórios. § 1º Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. § 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas. Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único: Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

jurídica”, a jurisprudência tende recorrer, de início, à identificação dos pressupostos necessários para a caracterização do empregado previsto no art. 3º da CLT, reconhecido como um trabalho prestado de forma pessoal, não-eventual, subordinado ao empregador e, remunerado. Assim, se verificadas as condições de caracterização do tipo empregado, com destaque para o pressuposto da subordinação jurídica, reputa à jurisprudência existente a dependência e, portanto, a relação de emprego. Pelo conceito de empregado, pressuposto de um trabalho sem autonomia (subordinado), chega-se, então, à relação de emprego. Observa-se que, nessa diretriz, somente o empregado é subordinado, não sendo reconhecida, assim, a possibilidade de autonomia na execução do trabalho.²³⁴

Por essa razão, no direito do trabalho brasileiro, a subordinação é quase um *a priori* da relação de emprego, descurando de que esse pressuposto seja pacífico e ao mesmo tempo controvertido na delimitação do direito do trabalho, ou, como afirmou P. E. Ribeiro de Vilhena, “pacífico como linha divisória, controvertido como dado conceitual”.²³⁵ Ignora-se que a subordinação há muito deixou de ser o pressuposto único no Brasil para a incidência do direito do trabalho. No processo de alargamento da subordinação, admitiu-se a inclusão de certas categorias de autônomos e prestadores de serviço no âmbito do direito do trabalho, além do trabalho em domicílio.

O foco da análise da subordinação, no direito do trabalho brasileiro, se dirige ao conceito de empregado conferido pelo artigo 3º da CLT, por meio do qual se compreende como trabalho não eventual, remunerado e dependente. Por dependente (faz sempre questão de observar a jurisprudência), leia-se subordinação jurídica, ainda reproduzindo o velho argumento a fim de afastar qualquer aceitação

²³⁴ Para a identificação da relação de emprego, os critérios de pessoalidade, não-eventualidade, remuneração e subordinação são cumulativos. Os três primeiros são, na verdade, necessários (já que também podem estar presentes em outras modalidades contratuais) e a subordinação é qualificadora do contrato de trabalho. Essa diferenciação ainda não é bem demarcada na jurisprudência brasileira, que tende a reconhecer os requisitos cumulativos de empregado como equivalentes à qualificação de relação de emprego.

²³⁵ VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro, *op. cit.*, p. 219.

da dependência de caráter pessoal. É preciso romper com o raciocínio tautológico de que empregado é o trabalhador dependente e trabalhador dependente é empregado, pois nada explicita a não ser um recurso formalista e ineficaz da subordinação jurídica. Em verdade, está implícita na tradição brasileira do direito do trabalho, uma assimilação de que o empregado é quem presta o trabalho sem liberdade e autonomia, o que evidencia não admitir a subordinação na autonomia.

É verdade que a subordinação jurídica e o conceito de empregado veiculado pelo artigo 3º da CLT - cuja prática jurisprudencial reputa a expressão “dependente” como equivalente de “subordinação jurídica” – conduzem a fatores indeterminantes do que se deva entender como um verdadeiro status de empregado. Isso confirma a nossa posição de que não há um fator determinando a qualificação do empregado, pois sempre é necessária uma compreensão de diversos fatores, numa perspectiva geral e individual.

O critério para a definição do status de empregado (e no caso brasileiro, a distinção do contrato de trabalho) não pode ficar circunscrito a uma interpretação restritiva do texto positivado pelo artigo 3º da CLT.²³⁶ Primeiro, os textos legais devem ser contextualizados historicamente com uma tentativa de apreensão de um trabalho organizado na estrutura da empresa. Depois, mesmo o critério da dependência pessoal e econômica pode ter, ainda, validade, para a fixação de um critério distintivo do contrato de trabalho.

Seria possível encontrar na Constituição brasileira alguma referência à definição de empregado? A Constituição de 1988 não usa o termo “empregado”, preferindo a expressão “trabalhador”, ao dispor que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:” (art. 7º, *caput*). Mais do que isso, o mesmo artigo da Constituição assegurou “igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo permanente e o trabalhador avulso” (inciso XXXIV); fica claro que para a Constituição brasileira, trabalhador é também o empregado. Perdeu grande interesse, atualmente, a distinção sistemática que se

fazia entre empregado e trabalhador, este considerado para toda a atividade e, aquele, apenas para o trabalho subordinado, apesar de ainda prevalecer válida a máxima de que todo empregado é trabalhador, porém nem todo trabalhador é empregado. Basta verificar que o avulso, embora não se enquadre na condição de empregado, tem todos os direitos a ele inerente, ou seja, o critério da subordinação e não-eventualidade não exclui o avulso da proteção trabalhista. Observa-se que a subordinação não tem um critério único para definir a proteção social no direito brasileiro, mas uma noção já relativizada pela própria regra. No caso dos avulsos, o que prevalece é o princípio da igualdade como critério de proteção social.

Mas permanecem as deficiências do artigo 3º da CLT na definição de empregado. O melhor seria que a lei conferisse nova redação a esse dispositivo para, numa perspectiva de ampliação da proteção, fosse criada uma abertura no texto que propiciasse a ampliação dos indicadores do status de empregado. É claro que uma definição satisfatória é muito difícil, dadas as irreconciliações que as novas modalidades de trabalho suscitam.

5.4.1 O telesubordinado

O teletrabalho é a mais nova forma de trabalho em domicílio. Surgiu, há pouco mais de vinte anos nos EUA, graças ao grande desenvolvimento das tecnologias de informação e de telecomunicações, posteriormente embalado pela tendência de expansão do setor de serviços. Não há, ainda, uma definição segura do que se deva entender por teletrabalho, mas suas características são identificadas como um trabalho em rede, um trabalho flexível ou um trabalho a distância que faz uso intensivo de tecnologia da informação. Para a OIT, o teletrabalho é uma forma de trabalho efetuado fora da empresa central e do centro produtivo e que implica

²³⁶ Além do artigo 3º, várias outras atividades também possuem definição em lei, a exemplo de médicos, artistas, advogados.

uma nova tecnologia, que permite a separação e facilita a comunicação”.²³⁷ J. Nilles, que primeiro fez uso do termo “teletrabalho”, diz que ele é simplesmente definido pela “possibilidade de enviar o trabalho ao trabalhador, em lugar de enviar o trabalhador ao trabalho”.²³⁸

Ao contrário do que já se afirmou, o teletrabalho não é um trabalho simplesmente em domicílio. Trata-se de uma nova forma de flexibilizar o emprego típico, que provocou uma mudança radical nas relações de trabalho. Isso porque o teletrabalho, ao contrário do trabalho em domicílio clássico, maximiza o uso de tecnologia da informação - sem a qual não seria viável a sua organização - além disso pressupõe um trabalho fora da empresa, e também não prestado necessariamente na residência do trabalhador. O teletrabalho, sobretudo nos países periféricos tal como o Brasil, tem se constituído ainda em forma de trabalho precário, informal e de baixa remuneração.²³⁹

A questão a que devemos responder é se o trabalhador, numa atividade considerada de teletrabalho, tem a condição de um trabalho subordinado ou autônomo. Pelo viés do modelo operacional clássico, para a delimitação do trabalho dependente, certamente se chegaria à conclusão de que se está diante de um trabalho localizado nas “zonas fronteiriças” entre autônomo e subordinado. O fato é que, para o enquadramento do teletrabalho, os critérios de subordinação às ordens e ao poder diretivo e disciplinar não oferecem segurança para a qualificação de um trabalho dependente ou por conta própria. A dificuldade começa porque, nessa

²³⁷ ARANDA, Javier Thibaut. *El teletrabajo*. Madrid: CES, 2001. p. 24.

²³⁸ *Idem*.

²³⁹ No Brasil, o trabalho via internet vem sendo apresentado como uma grande inovação no mercado do trabalho. É o exemplo da empresa A.S.C Brasil S.A que funciona de forma virtual na internet e que oferece aos interessados em trabalhar pela internet, a possibilidade de criar uma home-page oferecendo serviços de digitação, tarefas de contabilidade ou administrativas. Uma vez hospedada a página, o endereço do interessado é informado a centenas de empresas em todo país, que, se desejarem, podem acessar a home-page e solicitar os serviços. O local onde o trabalhador mora não importa, pois o recebimento e a entrega dos serviços são feitos on-line ou por correio. Para a maioria dos trabalhos de digitação é preciso apenas um microcomputador com tipo 486 com 8 mb de memória. No Home-Work, como é denominado esse teletrabalho, dentre as grandes vantagens oferecidas pela empresa está a inexistência de encargos trabalhistas ou

atividade, o trabalho não é prestado na empresa - o que inviabiliza a verificação da sujeição direta – e não há, em geral, controle de jornada. Por fim, a verificação objetiva dos indícios da subordinação (hierarquia, jornada, remuneração, instrumentos de trabalho entre outros), em regra, se revela inútil. Cumpre observar que, por serem essas as dificuldades próprias de enquadramento do trabalho em domicílio, o direito do trabalho, em diversos países, adotou a solução legislativa para incluir tais trabalhos no conceito de empregado.²⁴⁰ No entanto, o teletrabalho oferece outras características que não se encontram presentes no trabalho em domicílio, porque constitui uma nova organização do trabalho, baseada na descentralização (já que utilizada também como forma de subcontratação), o que implica novas dificuldades práticas.

A liberação do trabalho do âmbito da empresa induz a celebrar a utopia da autonomia do trabalho, por estar desprendido das amarras do controle do tempo, do ritmo de trabalho e da vigilância rigorosa impostos pelo trabalho industrial.²⁴¹ Efetivamente, tomando-se o teletrabalho a partir da perspectiva do trabalho industrial, a tendência é de reconhecer que se está diante de trabalho tipicamente autônomo, por conta própria, executado sem nenhum elemento de subordinação. Assim, o enquadramento jurídico apropriado é de contrato civil ou mercantil de locação de serviços.

burocracia. Entregue o trabalho, o pagamento é feito em depósito bancário, tudo sem qualquer contato pessoal, controle e fiscalização.

²⁴⁰ No Brasil o artigo 6º da CLT diz que “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego”.

²⁴¹ A valorização do teletrabalho alimenta uma intensa polêmica nos meios acadêmicos, que ora o amaldiçoa como uma nova armadilha, ora lhe confere inúmeras vantagens. Para Domenico de Masi, ao fazer a defesa de uma nova aproximação entre trabalho e vida, vê no teletrabalho uma grande vantagem para empresas e empregados: “Para as empresas há benefícios em termos de flexibilidade, produtividade e criatividade; para os trabalhadores há benefícios em termos de autonomia, condições físicas, relações familiares, boa vizinhança e acesso ao trabalho (sobretudo para deficientes físicos, anciãos, donas de casa); para a coletividade, há benefícios em termos de redistribuição geográfica e social do trabalho, redução do volume de trânsito, estímulos à criação de novos trabalhos, revitalização dos bairros, redução da poluição e das despesas de manutenção viária, eliminação das horas extras de pico, etc.” (DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1999. p. 263-264).

A estratégia das empresas, ao valorizarem e incentivarem o teletrabalho, se dá como um mecanismo de redução dos custos imobilizados e, é claro, redução do custo da mão-de-obra. Entre as vantagens catalogadas pela nova administração, o teletrabalho oferece ainda uma maior produtividade, já que vincula a remuneração à produção. Ou seja, o teletrabalho substitui uma obrigação de meio (tempo à disposição na empresa) por uma obrigação de resultado (produção).²⁴² Com isso, está implícito, na proposta de promoção do teletrabalho, que a redução dos custos da mão-de-obra se dá pelo enquadramento jurídico de um teletrabalhador independente, portanto não empregado.

Apesar de o trabalho em domicílio e o teletrabalho possuírem em comum um trabalho a distância, com obrigação de resultado, sem controle visual pelo empregador; o recurso às tecnologias da informação (telefone, fax, e-mail, internet, entre outras) propiciam uma nova forma de controle e de subordinação do trabalhador. Os argumentos nessa direção são muitos. Ao contrário do trabalho em domicílio, o teletrabalho, em razão das facilidades da tecnologia, produz uma “teledisponibilidade”, uma forma de subordinação a distância, ou como disse J-E Ray, “car ces nouveaux modes de controles renforcent la subordination du travailleur”.²⁴³

De fato, as novas tecnologias de informação podem permitir um controle muito mais sofisticado da execução do trabalho do que o ingênuo cronômetro taylorista. Os aplicativos e programas de computador, desenvolvidos pela engenharia da informática, possibilitam não somente inúmeros cálculos, mas um potencial infinito de controle sobre os meios utilizados na execução do trabalho, a começar pelo controle de tempo de execução de tarefas, produção por hora, dia, etc. Tudo *on line*, de forma interativa, em rede, e, muitas vezes, em tempo real. Fica claro que o fator distância, na prestação de serviço, é irrelevante, tornando o

²⁴² RAY, Jean-Emmanuel. Le droit du travail à l'épreuve du télétravail: le statut du télétravailleur. *Droit Social*, p. 122, fev. 1996.

²⁴³ Em tradução livre do autor, lê-se que “porque esses novos modos de controle reforçam a subordinação do trabalhador” (*Idem*).

computador ou a tecnologia utilizada uma extensão da empresa,²⁴⁴ que invade a vida privada e familiar do trabalhador. Além disso, as possibilidades do empregador dar ordens ao teletrabalhador se intensificam.²⁴⁵

Por essa razão, o teletrabalho é uma atividade executada em forma de uma espécie de “telesubordinação”, ou seja, uma subordinação jurídica a distância, pois somente se diferencia do trabalho prestado na empresa por tratar-se de um modo particular de organizar o trabalho.²⁴⁶ A subordinação jurídica clássica não passa de um modelo descritivo do trabalho inserido na grande empresa taylorista, que não pressupunha o trabalho executado fora do alcance dos olhos do empregador. Assim é o direito do trabalho brasileiro, construído na década de 40, para responder aos anseios de uma sociedade em processo de industrialização, cujas regras, posteriormente, foram gradativamente adaptadas ao esquema taylorista da fábrica. Mas o teletrabalho rompe a hierarquia rígida e o controle do tempo na fábrica e, além disso, representa um exemplo paradigmático das teses da transição para o trabalho imaterial, já que estende a subordinação do tempo de trabalho para uma subordinação da pessoa do trabalhador.

Porém, a organização do trabalho para a atividade do teletrabalho, como estruturado, foge completamente ao esquema de delimitação do contrato de trabalho pelo critério legado da subordinação jurídica. Não representa o teletrabalho, também, uma simples alteração geográfica do local de prestação do trabalho. Os elementos de tempo, o lugar e o modo da prestação de serviços, igualmente, não servem para compreender e fornecer o enquadramento jurídico do teletrabalho. Por outro lado, o direito do trabalho brasileiro ainda não possui regulamentação do

²⁴⁴ A Conferência Internacional do Trabalho da OIT, em sua 82ª Reunião, já havia deliberado que o fato de o trabalho se dar por meio de um terminal a distância implica um controle do empregador, bem como configurada uma situação de subordinação (v. 1, 1985, p. 33-34).

²⁴⁵ Correta a leitura de Javier Thibault Aranda ao dizer que “El teletrabajador se encuentra en conexión directa y permanente a través de su ordenador con el centro de proceso de datos de la empresa, debiendo permanecer frente al mismo un número determinado de horas, lo que permite no sólo un diálogo interactivo, sino también que el empleador pueda impartir instrucciones digitales y llevar a cabo ‘una supervisión y dirección remota’” (ARANDA, Javier Thibaut, *op. cit.*, p. 44).

²⁴⁶ RAY, Jean-Emmanuel, *op. cit.*, p. 123.

teletrabalho e, a jurisprudência tende a tratá-lo como uma modalidade de trabalho autônomo, por vezes, um empregado em domicílio, quando presentes todos os elementos construídos pela jurisprudência como qualificadores dessa modalidade de emprego.

Um paralelo do processo de inclusão da proteção do trabalho em domicílio pode ser feito, pois, a caracterização do trabalho em domicílio, como enquadrado no âmbito do direito do trabalho, há muito já despertou a mesma inquietação do teletrabalho, a partir da seguinte questão: está presente a subordinação jurídica no trabalho em domicílio? A doutrina tendia a considerá-lo um trabalho autônomo e, quando verificada a existência de formas de controle, o localizava nas “zonas fronteiriças”. Por opção, o direito do trabalho, nos diversos países, a exemplo do Brasil (CLT, art. 6º) assimilou o trabalho em domicílio passando a equipará-lo, para fins de proteção, aos empregados, uma vez comprovado o trabalho por conta e direção de um patrão. O que fez a legislação foi desprezar a demonstração da existência de subordinação jurídica para a proteção do trabalho em domicílio, em razão da forma peculiar dessa atividade.

As peculiaridades enumeradas para o teletrabalho – uma vez afastada a possibilidade de enquadramento como trabalhador independente - indicam que ele merece uma equiparação ao trabalho em domicílio ou ao empregado clássico? O teletrabalho constitui, efetivamente, uma nova e peculiar forma de atividade, cujas características evidenciam um modo especial de subordinação jurídica, com a inserção plena do trabalhador na atividade produtiva, presentes, ainda, o potencial controle e a direção do trabalho pelo empregador, os quais não ficam descaracterizados pela distância na execução do serviço.

A atividade do teletrabalho exercido em domicílio pode ter enquadramentos jurídicos distintos. Três enquadramentos são possíveis no direito do trabalho brasileiro: a) teletrabalhador em domicílio, equiparável ao trabalho em domicílio clássico; b) trabalhador em domicílio autônomo; c) trabalhador em domicílio,

equiparável ao empregado clássico.²⁴⁷ A proteção do trabalho em domicílio, no direito brasileiro, na forma prevista no artigo 6º da CLT, há quase sessenta anos, possibilita o enquadramento do teletrabalho em domicílio, pois estão presentes todas as características estabelecidas pela doutrina, ou seja, um trabalho por conta de um ou mais empregadores, fixação de remuneração *a forfait* e, independente da subordinação jurídica. O teletrabalho, quando ausente qualquer vínculo de dependência, de controle e a teledisponibilidade, após uma valorização judicial das condições de fato para execução da atividade, é passível de enquadramento como trabalho autônomo. Por fim, o teletrabalhador pode também ter o enquadramento de um empregado, desde que demonstrado pelo princípio da realidade e pela existência de controle a distância, de tal sorte que se evidencie uma teledisponibilidade.²⁴⁸

A autonomia do trabalhador, na atividade do teletrabalho, é uma autonomia na execução das tarefas - que pode ter um valor no enriquecimento do sentido do trabalho em relação ao taylorismo - mas não implica necessariamente um trabalho independente, de tal sorte que não necessite de proteção.²⁴⁹ Trata-se de um novo modo de organização do trabalho, onde a inserção do teletrabalhador, em geral, se dá numa rede, ou seja, num serviço organizado. A noção de distância como sinônimo de independência perdeu sentido com as novas tecnologias de comunicação. A subordinação jurídica clássica prossegue sendo um critério válido para regular o teletrabalho, que deve ser compreendido pelas suas peculiaridades de uma nova atividade, em que a subordinação se dá por um controle difuso, mas efetivo. Apesar de afirmada a prevalência da noção de subordinação, algumas dificuldades subsistem para um direito do trabalho estruturado fisicamente tendo,

²⁴⁷ RAY, Jean-Emmanuel, *op. cit.*, p. 126.

²⁴⁸ A teledisponibilidade pode ser vislumbrada, por exemplo, nas atividades de teletrabalho em que o trabalhador está permanentemente conectado ao computador da empresa, ou a uma rede, onde há potencial controle da execução das tarefas, às vezes, controle até do tempo de trabalho e dos períodos de descanso.

²⁴⁹ Com razão A. Supiot ao assinalar que: “Cette tendance à la reconnaissance d’une sphère de liberté individuelle dans le travail rejoint évidemment l’affirmation de l’identité professionnelle du salarié qui a été caractérisée par ailleurs” (Critique du droit du travail, *op. cit.*, p. 169). Em tradução livre do autor, lê-se que: “Esta tendência ao reconhecimento de uma esfera de liberdade individual no

como idéia, o território da empresa como epicentro da dependência. Como alternativa, a jurisprudência poderia construir indícios específicos para o teletrabalho. Não se trata, aqui, de alargar o conceito de subordinação, mas o de edificar um critério jurisprudencial atento à nova forma de emprego e à nova autonomia do trabalho vinculado pelo teletrabalho.

5.5 - A PRÁTICA JURISPRUDENCIAL

O papel da jurisprudência na garantia e na construção de direitos, via processo interpretativo, tem sido reafirmado constantemente na teoria do direito, e, nessa perspectiva hermenêutica, afirma J. Habermas, “a reconstrução do direito situa-se no plano de uma explicação do significado”.²⁵⁰ O reconhecimento de uma subordinação difusa e fragmentária, que se demonstrou neste estudo, deve levar a uma nova perspectiva hermenêutica que supere a tradição da jurisprudência – que por muito tempo foi majoritária - de valer-se exclusivamente dos chamados indícios da subordinação como critérios objetivos e, depois, interpretá-los segundo um modelo lógico-dedutivo. É preciso adotar novas técnicas interpretativas e práticas argumentativas que se conformem com a nova autonomia do trabalho assalariado e se harmonizem com o Estado Democrático de Direito.²⁵¹

O direito do trabalho deve ter reflexibilidade com a realidade, lembrando que esse é um direito de inclusão, um direito de garantia. Atenta à nova dinâmica do

trabalho recompõe a afirmação da identidade profissional do empregado, que foi caracterizada em outros tempos”.

²⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 169.

²⁵¹ Na ordem jurídica constitucional o sentido e o significado de uma lei deve ser obtido a partir de uma argumentação racional, em cuja tarefa está incumbida a interpretação. K. HESSE vai além, ao reputar que o tribunal constitucional tem uma função criativa do direito. Essa é a problemática da indeterminação do direito. Na teoria liberal, essa questão é abordada como uma ameaça à divisão de poderes. Mas, como bem lembrou Habermas “as relações horizontais entre pessoas privadas, especialmente as relações intersubjetivas, não têm nenhuma força estruturadora para o esquema liberal de divisão de poderes”. No Estado Social, que congrega objetivos políticos e fundamentação em princípios, a “argumentação jurídica se abre em relação a argumentos morais de princípio e a argumentos políticos visando à determinação de fins”. Esse modelo, que exige uma interpretação construtiva do direito, tende a fortalecer a liberdade e a responsabilidade dos sujeitos que agem comunicativamente. Para o direito, no entanto, isso representa um aumento do poder da justiça e do espaço da decisão judicial, pondo em risco, segundo Habermas, o Estado clássico de direito. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...*, op. cit., p 305-306).

trabalho, enunciada nos dois primeiros capítulos, a jurisprudência precisa rever alguns referenciais argumentativos, que funcionavam como verdadeiros *topoi* no processo de interpretação e aplicação da lei. A primeira observação é que a subordinação jurídica não se explica por ela mesma. O juiz, ao reputar que, numa determinada relação de trabalho não há subordinação jurídica, deve criticamente explicitar qual é a noção de subordinação que fundamenta a sua decisão. Não há mais uma noção unívoca para a subordinação, mas várias, fragmentadas e multifacetadas, segundo a dinâmica da organização de cada atividade na relação de trabalho.

A técnica da subsunção da subordinação jurídica, como se fosse uma regra, que num processo lógico-dedutivo revelaria a existência ou não da subordinação, não permite uma justificação racional. A noção jurídica de empregado não pode ficar circunscrita aos estreitos limites de uma demonstração lógico-dedutiva pelo critério subjetivo de uma subordinação, pensada ainda como de caráter personalista. A subordinação jurídica passou a ser um conceito indeterminado diante da ambivalência propiciada pela subordinação do trabalho imaterial. Mas a grande vantagem é que a subordinação jurídica é mera construção doutrinária e jurisprudencial. Ou seja, não está prevista na lei, mas na compreensão dos juristas. Portanto, o problema, em grande medida, é de fundamentação e de interpretação. É a interpretação de uma prática que qualifica ou não o contrato de trabalho para incluir ou não o trabalhador no âmbito do direito do trabalho.

Ademais, já foi demonstrado que a doutrina da noção clássica de subordinação jurídica é marcada por uma herança taylorista-fordista, que adota fórmula contraditória e paradoxal mesmo na perspectiva de uma teoria civilista dos contratos. Foram acrescentados ainda os fatores externos que minam a construção doutrinária rígida dos indícios, tais como a nova disciplina da empresa, a organização descentralizada e as novas exigências da concorrência. Apesar das mudanças operadas no trabalho, a jurisprudência brasileira prossegue com uma visão preponderantemente taylorista da organização do trabalho. Na prática jurisprudencial, o recurso aos chamados indícios caracterizadores da relação de

emprego tem se destacado, ainda, como notas da subordinação elementos objetivos de controle, fiscalização, hierarquia e submissão a ordens.

Os elementos de controle não podem ser valorados como se revelassem com precisão a ausência de autonomia, pois há risco de que essas interpretações confirmem a pequenas parcelas de autonomia na execução das tarefas uma condição suficiente para o enquadramento como um trabalho autônomo e, assim, excluam essa atividade do âmbito de aplicação do direito do trabalho.²⁵² A imprecisão está também no conceito restrito de empregado assimilado pela jurisprudência brasileira, como o hipossuficiente, desprovido de personalidade e autonomia na execução de qualquer tarefa.

Mas prossegue sendo válida a distinção do contrato de trabalho, pela noção de subordinação jurídica, a cargo da interpretação dos juízes e tribunais, os quais, atentos às novas circunstâncias, devem buscar fatores (velhos e novos) que auxiliem a determinar, em cada caso particular, a verificação ou não do status de um trabalho subordinado que merece proteção da legislação trabalhista. Os elementos ou indícios são catalogados pela prática da execução do trabalho, onde se sobressai ainda a prevalência do princípio da realidade.

²⁵² Os fundamentos utilizados por algumas decisões dos tribunais para não reconhecer a relação de emprego da diarista é exemplar para evidenciar este equívoco: "DIARISTA/FAXINEIRO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. O fundamento adotado pelo Regional, para o reconhecimento do vínculo empregatício, explicita que, para se considerar contínuo o trabalho da empregada doméstica, não há necessidade de ele ser prestado todos os dias, e, no caso, a reclamante trabalhava na residência do demandado, em média, sem interrupção, duas vezes por semana. Trata-se, *in casu*, do trabalho de diarista ou faxineira que presta serviços em residências, uma vez ou duas por semana. O questionamento que se impõe é se esse tipo de prestação de serviço induziria à configuração de relação de emprego entre as partes. Em que pese não se possa afastar o elemento da continuidade, em contraposição à não-eventualidade, mister se examine a satisfação dos demais requisitos da figura de empregado para que se possa bem enquadrar a hipótese *sub judice* às disposições legais, quais sejam aquelas do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. Sabe-se, pela atual realidade, que o trabalho de diarista ou faxineira é prestado a mais de um tomador de serviços, em residências diversas, de acordo com a disponibilidade da prestadora, que oferece seus serviços nas datas e nos horários de que dispõe. Assim, é comum a mudança de dias ou horários, em virtude, muitas vezes, da necessidade da diarista de atender esta ou aquela residência em determinado dia, o que demonstra autonomia no controle de seu tempo. Observe-se, ainda, que a remuneração ajustada, no caso, não é genericamente pelo trabalho em si, como ocorre com o empregado, mas visa a um resultado, como por exemplo a limpeza de todos os cômodos da casa naquele dia, ou passar determinada quantidade de roupa, etc. Nesse sentido, não há o elemento da fiscalização sistemática por parte do tomador, mas a expectativa da obtenção do resultado desejado. Por conseguinte, entende-se que nesse caso de prestação de serviço falta o requisito determinante da subordinação jurídica, agindo a diarista de forma autônoma, não podendo ser equiparada a empregado, na

5.5.1 A prevalência do princípio da primazia da realidade

O recurso ao feixe de indícios da subordinação jurídica pela prática jurisprudencial é feito a partir de critérios irredutíveis de um trabalho pessoal, submetido ao poder privado do empregador e prestado mediante uma remuneração. Para além de uma compreensão das aporias entre a qualificação do contrato como exigência da liberdade contratual e um direito do trabalho estatal de ordem pública, a jurisprudência tem se valido, como procedimento, do critério da realidade ou do princípio tutelar do direito do trabalho denominado primazia da realidade. O princípio da primazia da realidade, decorre, ainda, da noção de que o contrato de trabalho é um contrato-realidade, ou seja, havendo discordância entre o que ocorre na prática e a manifestação de vontade expressa nos documentos ou contratos, deve-se dar validade ao que de fato ocorreu na relação de trabalho. A ampla recepção desse princípio no direito do trabalho se deu para dirimir as controvérsias entre a manifestação de vontade e o exercício da atividade e, ainda, para evitar a simulação e a fraude aos direitos dos trabalhadores.

Seguindo essa orientação, a jurisprudência brasileira, ao analisar a existência de relação de emprego, além de utilizar-se dos indícios da subordinação jurídica, o faz a partir da compreensão de que a demonstração dessa relação somente se dá uma vez feita uma criteriosa apuração fática da atividade prestada. Por isso, são recorrentes, nos tribunais do trabalho as decisões que não se cansam de declarar nulo, por exemplo, o falso contrato de prestação de serviços, de parceria, de sociedade. O que leva a concluir que, para a jurisprudência brasileira, a identificação do contrato de trabalho não é objeto de disposição das partes, mas é uma prevalência da realidade da prestação do trabalho. Com isso, tem-se que, para o direito do trabalho brasileiro, a subordinação jurídica decorre do princípio da primazia da realidade, já que não pode advir de convenção das partes.

Esta constatação é de que a prática jurisprudencial brasileira (ou de uma política jurisprudencial) foi edificada como um modelo jurídico que preconiza a liberdade de acesso ao trabalho; porém, a qualificação do contrato, por razões de

segurança, é feita pelo juiz. Por esse modelo pragmático, os tribunais do trabalho identificam ou não os elementos caracterizadores da relação de emprego. Em resumo, o critério do contrato de trabalho resulta da compreensão, pela valoração do juiz, da existência, na realidade, dos diversos elementos característicos da relação de empresa, com destaque para a subordinação jurídica. É por esse motivo que a compreensão da subordinação jurídica, na jurisprudência brasileira, assume sentido meramente operacional, pois não se questiona a essência do contrato de trabalho, muito menos a sua função na relação social de produção.²⁵³

A compreensão da subordinação jurídica, mediada pelo princípio da primazia da realidade, foi que propiciou a evolução e o alargamento da noção de subordinação, sempre numa perspectiva de ampliação do campo de aplicação do direito do trabalho. Mas uma política legislativa começa a tentar restringir a primazia da realidade. No processo, essa tentativa se deu com a Lei n. 8.949, de 09.12.94, que introduz o parágrafo único no art. 442 da CLT, para excluir, do enquadramento de contrato de trabalho, a relação entre associados de cooperativas e a sociedade cooperativa ou o tomador da mão-de-obra.²⁵⁴ Por que razão a lei veio dispor que “não existe vínculo empregatício”, se pela tradição da política jurisprudencial brasileira, a qualificação do vínculo se dá pela verificação fática da realidade da prestação de serviço? Sem dúvida, foi uma investida contra os supostos “abusos” da jurisprudência, para limitar a valoração da realidade pelo juiz.

Para observar a regra introduzida pelo parágrafo único do art. 442 da CLT no trabalho associado, prestado por meio de cooperativas, mesmo se presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego, mormente a subordinação jurídica, não se poderia reconhecer o vínculo de emprego por imposição legal. Dessa forma, identificada a forma contratual por cooperativa, ficaria, de plano, afastada a possibilidade de qualificação do contrato de trabalho. Vale dizer, não se

TST-RR-593.730/1999.6 C: ACÓRDÃO 4ª Turma).

²⁵³ JEAMMAUD, Antoine, *L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt Labbane Droit Social*, n. 3, p. 231, maio, 2001.

²⁵⁴ Diz o texto introduzido pela Lei n. 8.949/94: “Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

permitiria investigar a realidade da prestação de trabalho. Porém, a jurisprudência brasileira, majoritariamente, reafirmou o princípio da primazia da realidade e manteve a mesma política jurisprudencial.²⁵⁵ A orientação jurisprudencial, ao se afastar da literalidade da lei, que textualmente nega a relação de emprego representa um momento paradigmático no direito do trabalho brasileiro, pois deixa de aplicar a lei positiva restritiva da subordinação em prol da prevalência de um princípio doutrinário.²⁵⁶ Como a denominação do contrato e sua forma, apesar de definidas na lei como não geradores do contrato de trabalho, o trabalho prestado por meio de cooperativas prossegue sendo definido a partir do princípio da realidade.

A prática jurisprudencial brasileira não usa um critério de presunção legal para a fixação da subordinação jurídica. Ao contrário, tem afirmado que são as condições concretas e o cotidiano do trabalho, revelados pelo princípio da primazia da realidade e, em conformidade com os elementos definidores do empregado relacionados no art. da CLT, que vão indicar a existência ou não do contrato de trabalho. É um princípio que tende a se impor mesmo diante de uma regra.

5.5.2 Integração a um serviço organizado

Na confrontação entre os critérios subjetivos e objetivos para definição da subordinação, a tese dos defensores do critério objetivo deu origem a uma jurisprudência que utiliza, como requisito operacional para a identificação da relação

²⁵⁵ O TST em diversas decisões deixou de conhecer de Recurso de Revista sob o fundamento de que houve violação literal do art. 442, reafirmando que a relação de emprego depende de investigação da realidade da execução da atividade: “A incidência do artigo 442, parágrafo único, da CLT supõe tratar-se de cooperativa típica, do ângulo formal e material, de inexistência de fraude à legislação trabalhista e de operar-se a terceirização em atividade-meio da empresa tomadora dos serviços. E se da análise das provas o Eg. Regional consignou que a atuação da cooperativa era irregular, em evidente fraude à legislação consolidada, não há que se falar em ofensa à literalidade do parágrafo único do artigo 442 da CLT, e qualquer decisão em contrário implicaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado a teor do Enunciado nº 126 do TST. (TST DECISÃO: 26 06 2002. PROC: RR NUM: 425161 ANO: 1998. REGIÃO: 01 RECURSO DE REVISTA. TURMA: 01 ÓRGÃO JULGADOR - PRIMEIRA TURMA FONTE: DJ DATA: 23-08-2002).

²⁵⁶ É verdade que essa orientação jurisprudencial também pode ser justificada por uma reação à crescente e abusiva subcontratação do trabalho, que, entre outras modalidades, se vale do trabalho prestado por intermédio das chamadas cooperativas de trabalho. Outra tendência tem sido o recurso ao fundamento da fraude à legislação trabalhista perpetrada pela falsa cooperativa, criada formalmente para acobertar uma relação de emprego, o que passa a ser justificado pela aplicação do art. 9º da CLT.

de emprego, a verificação da simples inserção do trabalhador numa organização produtiva. Historicamente, foi a jurisprudência da Corte de Cassação francesa que adotou, na década de sessenta, a referência ao serviço organizado (*service organisé*), por reputá-lo um elemento mais seguro para a qualificação do contrato de trabalho.

O argumento é que o fator de inserção num serviço organizado é fator determinante, dentro das condições qualitativas, para indicar a existência de trabalho subordinado. Assim, o fato de o trabalhador executar as suas atividades sob uma direção geral é o bastante para se definir a subordinação necessária para reconhecimento do contrato de trabalho. A diferenciação demarcada por esta jurisprudência é que a verificação das condições de execução do trabalho não é relevante, mas apenas a direção pelo beneficiário do trabalho. No processo de alargamento da noção da subordinação jurídica, a grande vantagem oferecida pelo critério foi a identificação da condição de subordinadas para diversas profissões historicamente constituídas como autônomas (entre eles as de médicos, advogados, representantes comerciais, jornalistas, professores, etc). Efetivamente, para essas categorias, se submetidas aos indícios introduzidos pelos critérios subjetivos, a tendência seria o não reconhecimento a esses profissionais da condição de empregados.

O problema é que o fundamento do critério de serviço organizado é feito com vistas a eleger um elemento capaz de demonstrar a existência do poder de direção, ou seja, é também uma construção jurídica tributária da idéia de uma organização hierárquica, nos marcos de uma empresa constituída com características institucionais.²⁵⁷ Ora, se é a hierarquia que justifica o critério do serviço organizado, a sua operacionalidade, atualmente, só se verifica na relação de trabalho inserido na

²⁵⁷ Constata Th. Aubert-Monpeyssen que: [...] l'intérêt essentiel de l'idée de service organisé est de permettre de rendre compte du recentrage du rapport salarié/employeur sur le pouvoir de direction, concrétisant l'extension de la notion de salariat ainsi réalisée. Cette notion de hiérarchie qui est au coeur de la notion de service organisé, en souligne les analogie avec le schéma institutionnel[...] (Obra citada p. 286). Em tradução livre da autora, lê-se que: "o interesse essencial da idéia do serviço organizado é permitir prestar conta do modelo da relação empregado/empregador sob o poder de direção, concretizando a extensão da noção de assalariado assim realizado. Essa noção de hierarquia que é o coração da noção de serviço organizado, sublinha as analogias com o esquema institucional [...]".

empresa com uma organização estruturada. De fato, representa um critério mais amplo, se comparado àqueles restritos à execução do trabalho na empresa; porém, a sua limitação está em se vincular a um tipo de empresa. É por essa razão que o critério da inserção num serviço organizado perdeu força com o processo de externalização da produção, que intensificou a subcontratação e o teletrabalho, por exemplo.

A despeito das críticas às limitações do critério, por estar preso à noção de hierarquia e a um modelo estruturado de empresa, a noção de delimitação da subordinação jurídica, pela simples inferência ao controle geral e não sobre os meios de execução, reconhece um espaço de autonomia na execução do trabalho, que não é incompatível com a subordinação jurídica. É um critério aberto, não preso aos estreitos limites de controle efetivo dos meios de trabalho. Se o trabalho fica apenas sujeito a diretrizes, ao trabalhador se reconhece autonomia técnica, e os fatores de horário e local de trabalho são relativizados ou mesmo desprezados. Feitas essas ponderações, é preciso reconhecer que o critério pode ainda informar a jurisprudência, porque tem uma renovada operacionalidade diante da fragmentação da organização produtiva.

A grande vantagem é que o critério do serviço organizado é bastante flexível e admite variações para cada atividade. Pode ser compreendido, por exemplo, como um poder de direção relacionado ao poder de organização, o que representa uma adaptação às múltiplas formas de organização empresarial moderna. É também possível trabalhar em torno da referência do serviço organizado para uma edificação de novos indícios que se agreguem e combinem com ele. Entre esses, estão o trabalho sem uma organização empresarial própria e o fato de ter apenas um parceiro comercial. Auxiliam, ainda, nessa direção, para a determinação do serviço organizado, os velhos indícios, tais como a ausência de colaboradores, a ausência de clientela própria e a restrição de horário de trabalho.

No Brasil, decisões isoladas têm acolhido o critério objetivo da inserção num serviço organizado.²⁵⁸ O fato é que, na jurisprudência brasileira, perdeu vigor a distinção que separa objetivistas de subjetivistas na enumeração dos indícios da relação de emprego. Embora tenha perdido a importância, a jurisprudência tem se valido dos critérios subjetivos (poder diretivo, fiscalização, etc) e, ocasionalmente, agrega o critério objetivo para reforçar a argumentação; sem, contudo, uma opção clara por este critério. Em diversas atividades onde a qualificação do contrato de trabalho não é clara, tais como as figuras do profissional liberal (médico, advogado, professor, engenheiro, etc.), o critério de inserção a um serviço organizado tem grande potencial de operacionalidade.²⁵⁹

Como resposta ao critério jurisprudencial do controle efetivo da execução do trabalho, como qualificador do contrato de trabalho, onde se poderia dizer ser duvidosa a adequação para a qualificação de empregado para algumas atividades exercidas tradicionalmente com parcelas de autonomia e independência, a princípio incompatíveis com a condição de subordinação, é recomendável o critério do serviço organizado. As chamadas “zonas grises” da subordinação perdem interesse, se o critério jurisprudencial indagar do elemento do serviço organizado.

De resto, o pano de fundo que alimenta os indícios diz respeito ao valor que se atribua à liberdade do trabalhador. Caso uma maior liberdade venha a ser compreendida como um trabalho que não necessite de proteção, então, a ausência de autonomia continuará a demarcar o trabalho subordinado. A ausência de poder e de autonomia do trabalhador, que representa o vício de origem do direito do trabalho

²⁵⁸ Esse foi o fundamento de decisão do TRT da 4ª Região ao reconhecer relação de emprego de médico com hospital, sob fundamento de que “os serviços médicos realizados com pessoalidade, sob subordinação, dependência e mediante salário e, inseridos na estrutura empresarial do reclamada que se beneficiava diretamente, caracterizam inequivocamente a relação de emprego”. A mesma decisão justificou sua opção pela inserção no serviço organizado pois “Sequer se pode pensar no funcionamento do hospital sem os médicos plantonistas encarregados de atender os ambulatórios ou na autonomia do trabalho vinculado a plantões de doze horas e ao atendimento de pacientes do SUS” (TRT 4ª Região. Processo: 96.001239-7, de 04.08.1997).

²⁵⁹ Um trabalhador taxista que figura como locador de um veículo pelo qual geralmente paga alguém em diárias, se vinculado a uma empresa de táxi, a sua condição que hoje a jurisprudência o reputa locador de coisa, pelo critério de inserção num serviço organizado, deveriam ser incluídos na condição de empregados, pois tem um único contratante, não possuem capital próprio e não arcam com os riscos do negócio.

e que propiciou a fundamentação dos indícios, somente será superada por uma referência positiva da autonomia no contrato de trabalho.

5.6 PARA UMA NOVA PRÁTICA DOS INDÍCIOS DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA

Critérios distintivos do contrato de trabalho e os indícios jurisprudenciais não têm a mesma acepção técnica. Quanto a critérios distintivos tenta-se identificar um critério sócio-econômico que leve em consideração a situação também sócio-econômica do trabalhador na delimitação da amplitude do contrato de trabalho. Porém, os indícios são mecanismos operacionais criados pela jurisprudência para identificar a consequência da subordinação jurídica, o que é feito por meio de uma valoração fática das condições de execução do trabalho.²⁶⁰ O problema é que os indícios podem assumir a condição de substituição da noção de subordinação, atuando como mecanismo alternativo. Assim, os indícios assumem a condição de presunção da existência da subordinação jurídica, mas a depender do peso a eles atribuídos, acabam por ser recepcionados como um critério alternativo à própria noção de subordinação jurídica. Dessa forma, a prática jurisprudencial tem se valido dos indícios, ora para complementar a noção da subordinação (em uma opção por critérios objetivos), ora para buscar outros elementos que representem manifestação da subordinação, não necessariamente jurídica (numa opção por critérios subjetivos).

Não obstante a forte crítica doutrinária, a jurisprudência brasileira deu preferência ao critério subjetivo da subordinação em detrimento do critério objetivo. Por isso, apesar de dita “jurídica”, a subordinação é identificada por meio de um rol de elementos operacionais utilizados pela jurisprudência, os quais são construídos ainda sob a diretriz de um trabalho exercido sob o poder hierárquico e disciplinar do empregador, que o exerce por meio de sua autoridade, além de impor um dever de

²⁶⁰ RIVAS, Daniel, *op. cit.*, p. 42.

obediência. Entre os indícios reconhecidos tradicionalmente como demonstradores da configuração da subordinação jurídica, a jurisprudência tem dado ênfase “ao momento organizatório da subordinação”,²⁶¹ relacionado diretamente ao horário de trabalho, local de trabalho, controle sobre o modo da prestação de serviço, sujeição a ordens e à disciplina da empresa. Além disso, a forma de remuneração (especialmente se definida por tempo) e a propriedade dos instrumentos de trabalho, se agregam aos demais indícios relacionados.

Ocorre que o recurso aos indícios pela jurisprudência, na maioria das vezes, se dá de forma aleatória, sem a apresentação de uma fundamentação racional. No momento de valoração dos indícios presentes ou ausentes, é que ocorre a discricionariedade valorativa, pois os indícios podem ganhar maior peso e importância, dependendo da orientação compreensiva do julgador. Na última década, essa orientação assume uma tendência, quando não demonstrados rigidamente os indícios, de não se reconhecer a presunção da existência de subordinação, aproximando-se de uma orientação teórica que revaloriza o contrato civil em detrimento do estatuto dos trabalhadores.

Os indícios, se utilizados adequadamente por meio de uma fundamentação racional, ainda comportam validade para a identificação do empregado clássico vinculado a uma organização do trabalho taylorista ou neotaylorista. Todavia, diante da possível inadequação dos indícios historicamente construídos para a qualificação do contrato de trabalho, em razão das peculiaridades da organização produtiva, é preciso estabelecer outros elementos ajustados a essa dinâmica, que possibilitem reconstruir a forma jurídica da proteção do trabalho dentro da trajetória do direito estatal do trabalho.

Se o princípio da realidade é que inspirou a formação dos critérios jurisprudenciais classicamente conhecidos, moldados pela condição fática do trabalho industrial, cabe, agora, pelo mesmo princípio da realidade (amplamente aceito na doutrina e na jurisprudência), considerando que a qualificação do contrato

²⁶¹ FERNANDES. A. L. Monteiro, *op. cit.*, p. 136.

de trabalho não depende da vontade das partes, nem da denominação que eles deram ao contrato, mas das condições de fato em que se deu o exercício da atividade, estruturar os novos indícios. Nessa direção, está aberta a possibilidade de se valer de outros referenciais adequados à nova realidade concreta do trabalho pós-fordista.

Não se trata, portanto, de uma simples substituição dos indícios jurisprudenciais por outros, mas de uma refundação dos indícios para contemplar, no processo de qualificação do contrato de trabalho e proteção social, a nova dependência econômica, veiculada pelo trabalho imaterial, sobretudo no setor de serviços, onde os elementos de sujeição ao poder hierárquico e o controle se diluem na valorização da autonomia.

Caso persista o manuseio dos velhos indícios da subordinação jurídica para a qualificação do contrato de trabalho, haverá uma gradativa exclusão de inúmeros trabalhadores, pelo direito do trabalho, de um trabalho que também não pode ser qualificado como eminentemente autônomo. Esses critérios estão propensos a conferir uma interpretação restritiva da presunção da relação de emprego que justificou um direito do trabalho.

Isso decorre de uma concepção jurídica muito rígida do contrato de trabalho, que o compreende apenas como a execução de um trabalho específico, remunerado e, desde que demonstrada, de forma inequívoca, por meio de provas no processo do trabalho, a existência de subordinação direta. Essa orientação da jurisprudência, na fixação do contrato de trabalho, leva em consideração apenas os critérios subjetivos da subordinação.

As resistências possíveis a essa tese da subordinação econômica como critério supletivo para a qualificação do contrato, somente podem ficar circunscritas ao apego ao discurso que justificou a superação do critério da dependência econômica (pelo seu traço marcadamente pessoal da sujeição), pelo critério da subordinação jurídica. No entanto, não se deve abandonar a subordinação jurídica

como noção que qualifica o contrato, tampouco justificar uma sujeição pessoal; trata-se de dar um novo sentido jurídico à qualificação do contrato de trabalho.

Uma vulneração ou relativização do critério da subordinação jurídica já foi defendida para aquelas atividades cuja subordinação ao poder diretivo não é identificada com segurança, aparentando-se uma certa autonomia. Para essa corrente, a caracterização do contrato de trabalho não depende da necessária subordinação efetiva, bastando que haja “um estado de dependência potencial (conexo à disponibilidade que o patrão obteve pelo contrato)” Na alternativa que se propugna, deve se ir além do estado potencial de disponibilidade, pois esse critério ainda não possibilita a inclusão da subordinação do trabalho imaterial, já que o critério, nestes casos, é de dependência econômica e jurídica, sendo difícil justificar a noção de potencial, caso a subordinação prossiga sendo pensada em termos clássicos. Por isso, não se pode concordar com a posição de A. L. Monteiro Fernandes ao argumentar que a subordinação comporta graus determinados pela formação profissional do trabalhador e a posição hierárquica na empresa.²⁶²

Por outro lado, a subordinação econômica não representa uma ruptura ao modelo de qualificação do contrato de trabalho. Se a subordinação jurídica era entendida como mero conceito-tipo, pois a sua concretização dependente, em regra, da verificação valorativa de indícios (já que não há estado puro de subordinação) em cada situação concreta dos indícios, basta redimensionar esse conceito-tipo. A partir dessa compreensão, o procedimento do juízo de aproximação pode ser considerado válido, pois a determinação da subordinação

“não é configurável como um juízo subsuntivo ou de correspondência biunívoca, mas como um mero juízo de aproximação entre dois ‘modos de ser’ analiticamente considerados: o da situação concreta e o do modelo típico da subordinação. Os elementos deste modelo que assumirem expressão prática, na situação a qualificar, serão tomados como outros tantos indícios de subordinação, que, no seu conjunto, definirá uma zona mais ou menos ampla de correspondência e, portanto, uma maior ou menor proximidade entre o conceito-tipo e a situação confrontada”.²⁶³

²⁶² *Idem, ibidem*, p. 124.

²⁶³ *Idem, ibidem*, p. 136.

É certo que a diferenciação entre trabalho autônomo e trabalho assalariado oferece inúmeros problemas práticos para a jurisprudência no processo de interpretação e aplicação do direito. Por outro lado, não se pode conviver com uma discricionariedade valorativa dos critérios pelo juiz, dado o risco das irracionalidades. Para isso, é preciso estabelecer princípios gerais que definam o alcance e o sentido do trabalho assalariado que contemplem, ao mesmo tempo, uma justificação teórica e prática. O primeiro critério geral é de que a interpretação não pode ser restritiva ao trabalho assalariado; ao contrário, deve posicionar-se conforme os valores sociais do trabalho. É preciso questionar, sobretudo, se o trabalhador, tido como autônomo, exerce de fato a liberdade inerente a de um empreendedor ou se a sua liberdade não passa da liberdade de trabalho. O viés da liberdade de trabalho confrontado com a autonomia do empreendedor tem propiciado o resgate do critério da integração.

A pessoalidade na prestação de serviços e o trabalho por conta alheia, inserido numa organização produtiva, são critérios que definem, necessariamente, um trabalho subordinado. Por esse raciocínio, afirma-se que a subordinação decorre do poder de direção – poder diretivo e disciplinar – e também da subordinação econômica, se não se fizerem presentes os indícios de um trabalho autônomo. Essa nova prática é que tem um importante papel para fazer avançar a noção de subordinação jurídica. Por isso, além da reconstrução da noção de subordinação como critério distintivo do contrato, diante da relevância da prática jurisprudencial, que confere por vezes aos indícios a qualidade de subordinação, torna-se indispensável uma revisão crítica desses indícios.

5.6.1 A relativização do fundamento jurisprudencial do poder diretivo

Ao reafirmar a subordinação jurídica como critério ainda válido, propondo uma refundamentação da noção tradicional para ser compreendida dentro da centralidade do trabalho imaterial implica também uma relativização do critério fundado na idéia de poder e de autoridade. A eleição de tais critérios aparece como um elemento instrumental para definir a proteção do direito do trabalho. Mas critérios e indícios construídos pela doutrina e a jurisprudência não são abandonados; porém, sofrem a relativização no processo hermenêutico pela mutação nas formas de

execução do trabalho, reclamando nova fundamentação, permanecendo eficazes para justificar, no processo de fundamentação racional, a existência de subordinação como pressuposto de reconhecimento da relação de emprego, ou seja, da filiação à proteção social.

A relativização está centrada na noção de poder diretivo a que estaria submetido o trabalhador, pelo qual é o empregador que organiza e controla a organização produtiva. O poder de direção, segundo O. B. Magano, se divide em “poder diretivo *stricto sensu*, poder de organização e poder disciplinar”²⁶⁴. A doutrina tradicional, na verdade, identifica a subordinação jurídica, dada a sua natureza contratual, como um poder do empregador e, por outro lado, um dever do empregado, de se submeter ao comando, ao controle e à imposição de sanções disciplinares, o que justifica a fundamentação dos deveres de obediência, fidelidade e diligência do empregado para com o empregador, mesmo fora da relação obrigacional estabelecida.²⁶⁵ Fica claro que o critério tradicional legado pela doutrina, e assimilado pela jurisprudência brasileira, está fundado na relação subordinação/poder, ou seja, é subordinado aquele que, numa relação pessoal, não tem poder, ou ainda, aquele que não tem autonomia.²⁶⁶ Embora essa doutrina tenha se esforçado para justificar que o fundamento do poder é apenas o contrato, que a sujeição é da atividade e não da pessoa, se revela contraditória, pois no momento de qualificar o contrato, os indícios jurisprudenciais acabam sendo estruturados por critérios subjetivos para verificação do controle e da sujeição pessoal. Toda essa argumentação perdeu força, não somente pelos seus paradoxos de origem, mas

²⁶⁴ MAGANO, Octavio, *op. cit.*, p. 50.

²⁶⁵ É o que afirma Délio Maranhão: “A situação de subordinação é fonte de direitos e deveres para ambos os contratantes. Seja qual for a forma do trabalho subordinado, encontram-se, mais ou menos rigorosamente, exercidos de fato, mas sempre, potencialmente, existentes, os seguintes direitos do empregador: a) de direção e de comando, cabendo-lhe determinar as condições para a utilização e aplicação concreta da força de trabalho do empregado, nos limites do contrato; b) de controle, que é o de verificar o exato cumprimento da prestação de trabalho; d) de aplicar penas disciplinares, em caso de inadimplemento de obrigação contratual (SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas, *op. cit.*, p. 248).

²⁶⁶ Historicamente, a crescente intelectualização do trabalho, que propicia sempre uma maior autonomia técnica, já vinha justificando uma relativização do poder diretivo, pois as diretrizes passam a ser parâmetros da organização do trabalho e, por vezes, comandos disciplinares. Os maiores exemplos desse processo de assimilação de autonomia na execução das tarefas pelo direito do trabalho se deu, por exemplo, pelo trabalho de gerentes, médicos, engenheiros, advogados.

pelas novas formas de controle em emergência fora da relação estrita de poder privado no âmbito da empresa.

O fato é que essa argumentação não tem validade, se pensada numa organização produtiva fundada na eficácia, que valoriza a autonomia dos colaboradores e que tem como obrigação o resultado do trabalho, onde não há direção sobre a atividade e não se impõe disciplina. Mas a obrigação de resultado impõe um autocontrole, muitas vezes mais intenso, mantendo-se o trabalho pessoal, a inserção num serviço organizado e, assim, gera uma dependência econômica e jurídica de tipo novo. Por isso, o conceito-tipo de subordinação jurídica, como decorrência lógica do poder diretivo, apesar de ainda estar presente em algumas organizações produtivas, se acha relativizado.

Na organização do trabalho taylorista-fordista, o controle do trabalho pressupunha o controle da produção por meio do poder diretivo e disciplinar. O poder disciplinar não é mais exercido na moderna gestão de pessoas, onde os “colaboradores” atuam com criatividade e autonomia. É imperativo reverter a tendência da jurisprudência em recorrer exclusivamente à identificação da existência de controle direto, de aspectos disciplinares à moda fordista. Se, diante das peculiaridades da organização do trabalho e da atividade, os indícios não se revelam presentes, abre-se a possibilidade da verificação de indícios dentro da realidade social e econômica em que foi prestado o trabalho. A subordinação econômica deve ser justificada pela evidência e identificação de: a) um trabalho pessoal, sem ajuda de empregados; b) um trabalho prestado a um único empregador; c) um trabalho prestado sem uma organização equivalente a de empreendedor, mas similar a de um empregado.

5.6.2 A subordinação sem hierarquia

O recurso ao poder diretivo, para a identificação da subordinação jurídica, põe em evidência uma prática jurisprudencial que faz a busca dos indícios da subordinação pelo status hierárquico da relação de emprego. É pelo critério da hierarquia direta que se viabilizam as ordens, o controle e a fiscalização do

empregador de forma direta ou indireta. Vale dizer, na ausência de uma estrutura hierárquica, não haveria a identificação de uma relação de emprego.²⁶⁷ Apesar de todo esforço histórico de negar que a subordinação se justifique somente por um vínculo de hierarquia, a prática da jurisprudência ainda tende a localizá-la numa relação de trabalho hierarquizada. Porém, a hierarquia quebrada é uma realidade nas novas organizações produtivas, pois a tendência crescente de relações de trabalho cada vez mais triangulares (subcontratação, por exemplo) elimina ou reduz a subordinação direta ao tomador do trabalho.

A formação desse entendimento jurisprudencial advém da noção do contrato de trabalho típico, compreendido como uma relação direta entre empregador e empregado, cujo liame hierárquico molda a subordinação jurídica. Contudo, o reconhecimento de novas modalidades contratuais tais como o trabalho temporário e, mais recentemente, a subcontratação abalou os fundamentos construídos pelo critério da hierarquia.

A intermediação de mão-de-obra, introduzida no Brasil, em 1973, com a possibilidade de contratação de serviço de vigilância por empresa especializada (Lei n. 7.102, de 20.06.83). Em 1974, abriu a possibilidade do trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.74).²⁶⁸ Esses dois diplomas romperam com a vedação legal da locação de mão-de-obra, ao permitir a prestação de serviços por meio de locação de mão-de-obra. Aqui, surge um primeiro problema com critério da hierarquia, pois a lei admite que, mesmo havendo hierarquia e, portanto, subordinação ao tomador da mão-de-obra, é admitida a locação. Assim, a regra de que em todo trabalho a relação de emprego se dá em relação àquele ao qual o empregado se sujeita, fica

²⁶⁷ O critério da hierarquia foi exaltado pela doutrina brasileira que chegava equipará-lo à subordinação jurídica, além de receber o atributo de ser o critério mais eficiente na caracterização do contrato de trabalho: "O critério da subordinação jurídica ou da dependência hierárquica é o que tem logrado maior aceitação na doutrina, na legislação e na jurisprudência", e mais adiante, "De todos os critérios analisados, nenhum se avanta ao da subordinação jurídica ou hierárquica" (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson, *op. cit.*, p. 130 e 137).

²⁶⁸ Antes dessas normas, a única menção ao trabalho prestado por terceiro na legislação do trabalho era o contido no art. 455 da CLT, ao referir-se à trabalho responsabilidade solidário do subempreiteiro pelas obrigações decorrentes do contrato de trabalho, contudo essa regra não possibilitava a total intermediação de mão-de-obra.

vulnerada, pois o trabalhador temporário é subordinado ao tomador do serviço, a quem é delegado o poder diretivo para fazer a gestão do trabalho.

O segundo momento em que o critério da hierarquia foi redefinido se deu pela jurisprudência do TST, que passou a admitir a subcontratação de trabalho por empresa interposta, para “[...] serviços especializados ligados às atividades-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”.²⁶⁹ Com isso, ficou ampliada a possibilidade de locação de mão-de-obra para todas as atividades-meio, que pode se dar de forma permanente, ressalvado apenas, segundo essa orientação jurisprudencial, o trabalho pessoal e a subordinação direta. A menção à expressão subordinação direta representa um elemento novo na jurisprudência. O que se deve entender por subordinação direta e qual a diferença entre subordinação jurídica e subordinação direta? Apesar de não haver uma explicitação clara pela jurisprudência, pode-se perceber uma mudança de perspectiva em relação ao critério da hierarquia.

Na noção de subordinação jurídica, segundo a tradição da doutrina e da jurisprudência, encontrava-se implícita a idéia da subordinação direta, já que não se admitia qualquer referência a qualquer forma de subordinação indireta, de tal forma que se pudesse fazer uma diferenciação. Na subordinação jurídica, o elemento marcante é a relação hierárquica, pois dela decorre o poder de controle e fiscalização, por exemplo. Ao introduzir a referência a uma “subordinação direta”, a jurisprudência do TST, na contramão das novas formas de trabalho, reforçou o critério da hierarquia para a identificação da subordinação e, com isso, afastou a possibilidade do reconhecimento da subordinação por um critério objetivo. A expressão “direta” compreende somente a existência de uma sujeição quase que pessoal às ordens e ao comando, o que inviabiliza a introdução de outros elementos não diretamente decorrentes da hierarquia pessoal.

Sem dúvida, a jurisprudência do Enunciado 331 do TST representa uma limitação restritiva ao intérprete na busca de indícios caracterizadores da relação de

um trabalho subordinado, pois, nesse entendimento, a subordinação somente se aperfeiçoa se decorrente de uma subordinação direta, pressuposta assim como hierárquica. Esse entendimento, além de incentivar a locação de mão-de-obra, restringe a noção de subordinação jurídica a uma mera subordinação jurídica hierárquica, um retorno ao critério da subordinação ao poder de fato, pensada também pela noção de autoridade.

Em síntese, o reforço ao critério da hierarquia, pela noção de trabalho na empresa, torna incompatível o trabalho subordinado com a autonomia promovida na nova organização do trabalho, que, além de romper com a hierarquia, incentiva o contrato civil pela externalização do trabalho (terceirização), o trabalho em domicílio e o teletrabalho, estruturados por um vínculo de dependência, apesar da relação triangular ou de uma hierarquia difusa.

5.6.3 Presunção da existência de subordinação jurídica

A definição do contrato de trabalho, diante da ambivalência do critério da subordinação, levou a jurisprudência a também se valer de outros elementos inerentes à execução de um trabalho pessoal, que propiciam um juízo valorativo de aproximação de um trabalho subordinado. Trata-se de uma metodologia criada para determinação da subordinação jurídica, uma busca de indícios. Para essa prática jurisprudencial, não basta a inserção do trabalhador na organização produtiva, é necessária a verificação dos meios empregados na prestação do serviço, que indicariam uma semelhança com o trabalho subordinado. Os indícios mais recorrentes são: a) a existência de horário de trabalho; b) o local de prestação do trabalho; c) o critério da remuneração; d) a propriedade dos instrumentos de trabalho e/ou da matéria-prima.²⁷⁰ Não são elementos necessários à qualificação da relação de emprego; porém, cada elemento identificado pode fortalecer a convicção de um trabalho pessoal realizado sob a direção e o controle de quem o remunera.

²⁶⁹ Item III do Enunciado 331 do TST, aprovado em 17.12.93. A orientação jurisprudencial anterior (Enunciado n. 256) vedava a prática de intermediação de mão-de-obra.

De novo, se remete a um critério interpretativo não somente das provas, mas do peso que deva ser atribuído a cada elemento relacionado. Mormente, porque não se pode assim pinçar um indício qualquer para rejeitar a qualificação do contrato de trabalho; ao contrário, pois há um forte indício para justificar a existência de um trabalho compatível com um trabalho subordinado. Esses elementos devem ser identificados como uma presunção de trabalho subordinado; por isso, não são condições necessárias para a caracterização da subordinação jurídica, tampouco representam critério distintivo do contrato de trabalho. Foram admitidos por fornecerem o fio da meada donde se extrai que, pelas condições de envolvimento do trabalhador em certas atividades na empresa, concorrem em favor do reconhecimento de um trabalho subordinado, porque inerente a essa condição. Por essa razão, a falta de um ou mais indícios da presunção de subordinação jurídica, não pode fundamentar a inexistência de um trabalho subordinado. Porém, a presença de um indício, por presunção, pode conduzir a uma argumentação que pode levar ao reconhecimento de um trabalho subordinado.

Identificados um ou mais indícios, o melhor procedimento de valoração deve ser o da ponderação de indícios, pelo critério de peso e importância. A depender do indício, ele pode contribuir no processo argumentativo para o convencimento da existência de trabalho subordinado, se correlacionado a outros elementos probatórios e evidências. Pela noção de presunção de contrato não é necessária a identificação de um feixe de indícios para caracterizar o trabalho subordinado. É a ponderação de um ou mais indícios que deve motivar a presunção de um trabalho dependente, pela verificação de que a execução do trabalho se deu por uma dependência absolutamente conciliável com um estado de subordinação e de dependência, observada obviamente a nova pré-compreensão da dependência que se propugna. Na nova autonomia do trabalho, apesar de manterem-se válidos, alguns elementos podem perder importância na qualificação do contrato de trabalho. Esses indícios, porém, podem ser utilizados para, na presunção de trabalho subordinado nas organizações de trabalho do tipo taylorista-fordista, funcionarem, ainda, como uma possível ferramenta para o intérprete.

²⁷⁰ Outros indícios de menor destaque são referidos pela jurisprudência, dentre estes: a) a execução de trabalho sem a ajuda de auxiliares; b) trabalho exercido com função determinada; c) o trabalho

5.6.3.1 Jornada de trabalho

O tempo de trabalho sempre foi determinante na estruturação da organização capitalista do trabalho, pois a apropriação do tempo do trabalhador bem define o trabalho assalariado e subordinado. Assim, se há controle do tempo, com a fixação de jornada – diária ou semanal - com horário para ingresso, saída e intervalos de descansos, não há dúvida de que estamos diante de uma forma clássica de controle sobre a atividade do empregado, de tal sorte que induz ao reconhecimento da subordinação jurídica e, portanto, de contrato de trabalho. Portanto, o critério subjetivo, por meio da existência de uma jornada definida, continua sendo válido para indicar um trabalho subordinado e, assim, merecedor de proteção no âmbito do direito do trabalho.

A jornada flexível também pressupõe a existência de controle. O simples fato de o empregado possuir certa flexibilidade nos horários de ingresso e saída da empresa, não lhe confere autonomia, apenas a fixação de limites de tolerância no cumprimento das obrigações contratuais. Por vezes, a flexibilidade é oriunda da própria natureza da atividade, cujas obrigações não estão intimamente relacionadas ao tempo, mas ao resultado, tal como se dá nos trabalhos de ocupantes de cargos de chefia (gerentes e executivos, em geral). A definição de horário de trabalho também não fica descaracterizada pela existência de mecanismo de redução de jornada, compensação, prorrogação, banco de horas, pois ainda se encontram presentes todos os parâmetros de um trabalho executado com controle de tempo.

A dificuldade maior se dá quando nos deparamos com o trabalho executado sem a obrigação de cumprir qualquer jornada, diária ou semanal. A jurisprudência tem reputado que a falta de fixação de jornada, não implica, de pleno, a identificação de um trabalhador autônomo, sem vínculo de subordinação, já que o próprio direito do trabalho confere a condição de empregado mesmo àqueles que não ostentem a obrigação de cumprimento de jornada.²⁷¹ De fato, estes indícios não possuem a

executado em prol de um único tomador; d) haver certa exclusividade no trabalho.

²⁷¹ É o caso, por exemplo, dos trabalhadores externos e gerentes, conforme previsto no art. 62 da CLT: "Art. 62. Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: I - os empregados que

natureza de critério distintivo do contrato de trabalho. Na verdade, a ausência de fixação de jornada representa a ausência de um indício inerente à execução da atividade, que se não verificado, não produz a presunção do vínculo de subordinação.

5.6.3.2 *O local de prestação do serviço*

Ainda que o trabalho fosse prestado na empresa, com o trabalhador sujeito às normas inerentes à organização, mesmo sem horário de trabalho, haveria um forte indício da presença de elementos subjetivos da subordinação, tais como controle e fiscalização, o que deve ser observado na valoração da prova, juntamente com os demais indícios. No entanto, o trabalho prestado no domicílio não afasta a relação de emprego, por previsão legal, o que dispensa uma investigação sobre o controle, pois fica caracterizado o trabalho em domicílio (CLT, art. 6º).

O trabalho externo também não afasta a qualificação de empregado, já que a própria CLT arrola diversas hipóteses de trabalho externo, sem controle, em que o vínculo de emprego deve ser reconhecido, tal como as situações arroladas no artigo 62 da CLT, já referidas no item precedente. Assim, há uma presunção da lei de que o local de trabalho é irrelevante e não é fundamento para afastar a qualificação do contrato. Assume importância, no entanto, no conjunto dos demais elementos, sendo indício e presunção de trabalho subordinado, se prestado no estabelecimento do empregador.

5.7.3.3 *O critério da remuneração*

A existência de remuneração é condição necessária, já que não se compreende um contrato de trabalho a título gratuito. Por essa razão, o trabalho

exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência social e no registro de empregados; II - os gerentes, assim considerados, os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.”

voluntário²⁷² ou de fim benevolente não se traduz em contrato de trabalho. O que interessa destacar na verdade é o critério da remuneração, como um indício de trabalho subordinado. Assim, o trabalho remunerado pelo critério do tempo, que implica obrigação de colocar-se à disposição, revela uma característica inata do contrato de trabalho,²⁷³ pois aquele que não tem uma obrigação de resultado, apenas de meio (ficar à disposição), certamente será dirigido por quem o remunera.

A presunção de contrato de trabalho pelo critério da remuneração não é amplamente aceita na doutrina, pois também poderia afirmar-se que o modo de remuneração não é determinante para a distinção do contrato de trabalho, dado que a remuneração pode assumir inúmeras formas de livre disposição dos contratantes. Por outro lado, mesmo as modalidades de remuneração clássicas não relacionadas ao fator tempo, (tarefa, por exemplo), não são incompatíveis com o contrato de trabalho, ao contrário possuem plena recepção.

O critério de remuneração não é um mecanismo que por si só qualifica ou distingue o contrato de trabalho, mas se as partes definem o modo de remuneração pelo fator tempo, a execução do contrato, por sua condição obrigacional impõe ao empregado ficar à disposição, ou seja, se submeter ao poder de direção e de comando. Ao se deparar com um contrato de trabalho remunerado por tempo (hora, dia, semana, quinzena ou mês), há uma clara presunção que conduz o juiz, agregando outros elementos, a reconhecer a existência de subordinação jurídica.²⁷⁴

²⁷² O trabalho voluntário no Brasil é definido na Lei n. 9.608, de 18.02.98, pelo artigo 1º como: “[...] atividade não remunerada, prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza, ou a instituição privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade”. Parágrafo único: O serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista, previdenciária ou afim.”

²⁷³ COUTURIER, Gérard, *op. cit.*, p. 102.

²⁷⁴ Para Th. AUBERT-MONPEYSSSEN “La rémunération au temps apparaît dans les litiges qui nous occupent, comme une présomption privilégiée, dans la mesure où elle s’inscrit dans la ligne d’évolution de la subordination” (AUBERT-MONPEYSSSEN, Thérèse. *op.cit.*, p. 207). Em tradução livre da autora, lê-se que: “A remuneração por tempo surge no litígio de que nos ocupamos, como uma presunção privilegiada, na medida que ela se inscreve na linha de evolução da subordinação [...]” Segundo G. LYON-CAEN, “Il n’est pas douteux que la rémunération au temps implique normalement, par sa nature même, la subordination”. *Apud* AUBERT-MONPEYSSSEN, Thérèse, *op. cit.*, p. 224). Em

Não há como negar que a adoção da remuneração pelo critério do tempo dá a exata medida da relação de dependência entre capital e trabalho.

Mas a remuneração fixada por critérios exclusivamente por resultados não gera a presunção de excludente da existência de contrato de trabalho ou um forte indício de trabalho independente. Em tese, se o trabalho é remunerado por resultado não se poderia cogitar de controle e direção.²⁷⁵ A obrigação de resultado,²⁷⁶ contudo, deixou de ser um forte indício de autonomia para adquirir a condição de uma nova forma de organização da empresa e diante da variabilidade dos critérios de remuneração. Dessa forma, no processo de ponderação, o fato de o juiz se deparar com uma remuneração por resultado não constitui indício que afaste o estado de subordinação.

5.6.3.4 *A propriedade das ferramentas de trabalho e/ou matéria-prima*

tradução livre do autor, lê-se que: “Não há dúvida de que a remuneração pelo tempo implica normalmente, por sua natureza mesmo, a subordinação”.

²⁷⁵ Veja a título de exemplo os fundamentos que motivaram a rejeição da relação de emprego: “EMENTA VÍNCULO EMPREGATÍCIO - ÁRBITRO DE FUTEBOL. A subordinação parte da atividade, e nela se concentra. Seu exercício, porém, implica intercâmbio de condutas, porque essa atividade consome-se por pessoas que se congregam, que se organizam e que compõem um quadro geral de ordem e de segurança no processo da produção de bens e/ou serviços. O único meio de se obter uma razoável separação entre mandatário-autônomo e mandatário-subordinado é aferir a proporção da intervenção do poder jurídico do mandante na atividade do mandatário. “In casu”, observa-se que o trabalho do árbitro é executado sem subordinação à Reclamada. O fato de estar o árbitro sujeito às ordens, instruções e fiscalização da Federação, e de ser por ela escalado para os jogos, não indica a sua subordinação jurídica. Pelo contrário, em razão da própria natureza do serviço prestado, o Reclamante desfruta de total autonomia no seu trabalho, não havendo por parte da Federação qualquer direção, comando, controle e ou aplicação de penas disciplinares, a ela interessando tão-somente o resultado.” (PROC: RR NUM: 572932 ANO: 1999. REGIÃO: 05 TURMA: 03 ÓRGÃO JULGADOR - TERCEIRA TURMA. FONTE DJ DATA: 19-10-2001 PG: 623. RELATOR MINISTRO CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA)

²⁷⁶ A prática de novas formas de remuneração flexíveis tais, como a participação nos lucros e resultados, embora dissociadas da remuneração por previsão constitucional (art. 7º, XII), constitui em essência outra forma de remuneração, ao lado dos mecanismos clássicos de remuneração por percentagens, peça ou tarefa e, portanto, não se equiparam a critério de remuneração por resultados.

Como regra, as ferramentas necessárias para a execução do trabalho são de propriedade do empregador, que empreende, tem patrimônio e assume os riscos da atividade econômica. Em torno dessa noção, se formou, na jurisprudência e na doutrina, um dos critérios interpretativos da relação de emprego que induzem a um trabalho autônomo. Este indício de determinação parte do pressuposto de que, em regra, quem empreende detém as ferramentas e/ou a matéria-prima; inclusive, uma das características do contrato de prestação de serviços é, justamente, o fato de o prestador utilizar-se dos meios necessários à sua execução.

No direito do trabalho brasileiro a própria definição de empregador traz explícita a menção de que é aquele que “[...] assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.(CLT, art. 2º). Porém, o simples uso de ferramentas próprias não é suficiente para afastar a condição de empregado e, conseqüentemente a qualificação da subordinação jurídica, quando presente, ainda, um “estado de subordinação”.²⁷⁷ É admissível que um vendedor empregado utilize para deslocamento o seu próprio veículo, um digitador utilize o seu computador e o fotógrafo, o seu equipamento fotográfico. O simples uso de alguns equipamentos, quando não indicam que os possa qualificar como empreendedores, não desnatura o contrato de trabalho.

²⁷⁷ Assim, não se pode entender que o cabeleireiro que usa pequenas ferramentas para o trabalho, quando o ponto comercial é do contratante, que não há vínculo, como observa em algumas decisões judiciais. “VÍNCULO DE EMPREGO. CABELEIREIRO. Nega-se a existência de liame empregatício entre profissional cabeleireiro e o dono do ponto comercial e das cadeiras, se aquele percebe percentagem sobre o preço cobrado pelos serviços prestados; utiliza-se de material -ferramenta- de sua propriedade e, ainda, organiza sua agenda de trabalho segundo o atendimento que faz de seus próprios clientes e não da freguesia em geral do -salão-. Não havendo subordinação jurídica na espécie, pressuposto básico indispensável para a configuração do vínculo de emprego, é de ser admitida a ocorrência de verdadeira sociedade civil na espécie”. (TRT-PR-RO 13.736-95 - Ac.2ª T 3.182-97 - Rel.Juiz Arnor Lima Neto - TRT 21-02-1997).

6 CONCLUSÃO

A evolução da subordinação se deu, como criação do critério distintivo do contrato de trabalho, pela noção de dependência econômica, posteriormente superada pela justificação da subordinação jurídica, ou seja, um vínculo contratual e não de natureza pessoal. Porém, a subordinação jurídica, conquanto contratual, é localizada por um critério de sujeição pessoal à autoridade do empregador, pelo exercício de um poder privado.

Num segundo momento, ainda, na perspectiva de uma justificação contratual, a subordinação passa a ser identificada pela idéia de poder de direção, moldada por uma relação hierárquica entre empregado e empregador. Tem-se, então, uma subordinação jurídica e hierárquica.

O paradoxo é que a noção de subordinação jurídica parte da noção indissociável entre o trabalho e o sujeito, ambos reconhecidos como objetos da relação jurídica. Além dessa irreconciliação na perspectiva do sujeito de direito, o critério pretende compatibilizar a liberdade e autonomia contratual com a liberdade de trabalho. No entanto, essa trajetória histórica teve como projeto a proteção social da legislação trabalhista e previdenciária, sempre num processo de crescente expansão da proteção.

A subordinação jurídica é o critério distintivo utilizado pela doutrina e a jurisprudência, que por meio de elementos operacionais definem o contrato de trabalho. Esse critério tenta definir, em termos práticos, se um trabalho é prestado por conta de outrem e sob a subordinação de outrem.

Embora a noção de subordinação tenha sido construída como critério do contrato de trabalho e como forma jurídica do trabalho subordinado, assume, no Estado Social, um importante papel de princípio geral de proteção social de inclusão pelo direito do trabalho e da seguridade social. É um critério oriundo de uma realidade social e econômica, que se transformou numa noção jurídica com fins operacionais para a definição do contrato de trabalho e para a delimitação do campo

de aplicação do direito do trabalho. Daí, a importância da problemática em torno da eficácia e segurança desse critério jurídico pelo direito do trabalho.

A plena evolução da noção de subordinação, como critério do direito do trabalho, se deu pela emergência e hegemonia da organização científica do trabalho do taylorismo-fordista. A dependência pessoal, que remetia a uma indesejável noção de servidão, passa a ser justificada pelos elementos de controle na execução do trabalho (controle do tempo, jornada de trabalho e ritmo de trabalho). É o poder diretivo e disciplinar que assume a justificação de exigência de uma condição de subordinação inerente à organização do trabalho. Daí, surgem os indícios jurisprudenciais da subordinação: submissão a ordens, controle e fiscalização.

Mas o trabalho imaterial, na nova organização pós-fordista, fez romper com a moldura quase sacrossanta da subordinação jurídica que o taylorismo-fordista havia produzido. Esse processo tem provocado a crescente expulsão de assalariados para os contratos de natureza civil e mercantil e, conseqüentemente, a atrofia do direito do trabalho. Trata-se de um deslocamento da subordinação da empresa (fábrica) para um tempo e lugar difusos. A fragmentação da relação de trabalho produz, assim, a fragmentação e o deslocamento da subordinação jurídica.

Apesar do mal-estar provocado pela fragmentação da subordinação, o critério histórico deve ser reafirmado, ainda, como referencial na realidade social e econômica do trabalho livre por conta de outrem, fonte inesgotável de mediação de um direito moderno do trabalho. A noção jurídica de subordinação tem virtudes e potencialidades não esgotadas, pois é, ainda, um critério flexível e que melhor traduz a condição de venda da força de trabalho. Por essa razão, a proteção social do trabalho dependente ainda deve ser refundada no critério sistemático (doutrinário e jurisprudencial) da noção de subordinação jurídica para aplicação do direito do trabalho.

O primeiro passo a ser dado é uma aproximação entre a nova autonomia e a tradicional subordinação, noções não mais excludentes na delimitação do campo de aplicação do direito do trabalho. O enriquecimento e a autonomia na execução de

certas tarefas, ou, ainda, o trabalho que tenha como obrigação apenas o resultado, não impossibilitam a identificação de um trabalho subordinado. Para instituir um novo critério sistemático, sobressaem, assim, a assimilação e a valorização da autonomia (relativa) no trabalho.

O direito do trabalho vive um processo de transição paradigmática. Nessa perspectiva, a noção de subordinação jurídica deve passar da idéia de sub/ordinação para a noção de sub/organização. Essa passagem, além de adaptada à condição do trabalho imaterial, resgata a noção de dependência econômica vinculada à renda e ao vínculo jurídico. Com isso, é retomado o referencial da gestão econômica e jurídica do trabalho, no mesmo argumento utilizado por L. Barassi para justificar o critério do poder de direção.

Toda a compreensão da subordinação jurídica deve conduzir à garantia de um mínimo de proteção, ainda na perspectiva do Estado Constitucional. As novas relações de trabalho exigem mais do que redefinição e alargamento do conceito de subordinação jurídica, pois necessitam ser compreendidas por meio de uma abertura hermenêutica.

A complexidade da noção de subordinação jurídica, apesar de representar uma prática jurisprudencial válida, não deve ser descurada do importante papel da atividade legislativa, pois o judiciário somente se pronuncia nos poucos casos que lhe são provocados, o que reduz o controle e a eficácia na qualificação da subordinação jurídica.

A reconstrução parte de uma perspectiva hermenêutica que oriente o legislador e o juiz, tendo como norte uma política de maior proteção social. Portanto, a superação da crise da noção de subordinação jurídica comporta duas estratégias distintas: a) uma atuação legislativa, a fim de suprir as obscuridades e demarcar a definição do trabalho subordinado e a do trabalho autônomo; b) a jurisprudência deve reconhecer a inadequação dos indícios tradicionais e agregar novos elementos no processo interpretativo.

Nesse processo, um direito do trabalho maior é defensável para resgatar a normatividade da Constituição brasileira de 1988. A defesa de uma proteção mínima para o trabalho autônomo subordinado representa uma redistribuição eqüitativa da tutela. Trata-se de uma aplicação seletiva do direito do trabalho para algumas atividades, onde a subordinação é menos acentuada, mas que não se pode qualificá-las como atividades independentes.

A prática jurisprudencial tem uma tarefa fundamental na definição da subordinação jurídica, o que é feito por meio dos indícios. Não é mais possível definir, *a priori*, os exatos contornos conceituais de subordinação. É preciso uma pré-compreensão da complexidade da relação de trabalho, agora fragmentada. O que se pode definir é se subsiste subordinação jurídica, ou melhor, se subsistem formas diversas de subordinação jurídica. Porém, no processo interpretativo, na valoração concreta da prestação de trabalho, deve-se observar que lei brasileira não acolhe a presunção de trabalho independente.

Os critérios da subordinação jurídica construídos pela jurisprudência, embora válidos, não se constituem mais num *a priori*, num interpretar lógico-dedutivo ou mesmo numa classificação capaz de fornecer de forma segura e precisa os elementos da subordinação jurídica. Os indícios devem ser valorados para confirmar a existência de subordinação, sempre num processo argumentativo racional e razoável. Novos critérios podem, ainda, ser pensados para reconstruir e moldar a noção de subordinação jurídica, para melhor explicitar a condição do trabalhador no mercado de trabalho.

Redefinidos os contornos da noção de subordinação jurídica, por certo, os sujeitos do contrato de trabalho – empregado e empregador - também devem ser revistos. O artigo 3º da CLT deve ser revisto, para que se redefina a empregado. Deve haver, também, uma ruptura com o critério operacional utilizado pela prática jurisprudencial, que compreende a subordinação ainda a partir de uma relação hierárquica (O Enunciado n. 331 do TST, por exemplo, deve ser revisto).

REFERÊNCIAS

ALAIN, Renaut. *O indivíduo: reflexões acerca da filosofia do sujeito*. Rio de Janeiro: Difel, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaios sobre a metamorfose e a centralidade do mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 1977.

_____. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2000.

ARANDA, Javier Thibaut. *El teletrabajo*. 2. ed. Madrid: CES, 2001.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. de Roberto Raposo. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

ARNAUD, André Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo de Lima. *Direito moderno e mudança social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

AUBERT-MONPEYSEN, Thérèse. *Subordination juridique et relation de travail*. Paris: CNRS, 1988.

BARASSI, Ludovico. *Il contratto del lavoro nel Diritto positivo italiano*. Milano: Società Editrice Libreria, 1901.

BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: um modelo para armar*. Trad. de Flavio Benites e Cristina Schultz. São Paulo: LTr, 1999.

BEFFA, Jean-Louis; BOYER Robert; TOUFFUT Jean-Philippe. Le droit du travail face à l'hétérogénéité des relations salariales. *Droit social*, n. 12, p.1039-1051, dec.1999.

BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. Trad. de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

BIHR, Alain. *Da grande noite à alternativa*. O movimento operário europeu em crise. Trad. Wanda Caldeira Brandt. São Paulo: Boitempo, 1998.

BOISSONNAT, Jean. 2015 - Horizontes do trabalho e do emprego. Trad. de Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRAVERMAN, Harry. *Trabalho e capital monopolista*. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

CANOTILHO, J. J. GOMES. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1982.

_____. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta prohibida*: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

CASTEL, Robert, Droit du travail : redéploiement ou refondation? *Droit social*, n. 5, p. 438-442, maio, 1999.

_____. *As metamorfoses da questão social*: uma crônica do salário. São Paulo: Vozes, 1998.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 5. ed. Trad. de Roneide Venâncio Majer, São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1

CATANI, Antônio David. *Processo de trabalho e novas tecnologias*: orientações para pesquisas e catálogo de obras. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1995.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira; CARDONE, Marly A. *Direito social*. São Paulo: LTr, 1993.

CHESNAIS, Francois. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xama, 1996.

COCCO, Giuseppe. *Trabalho e cidadania*. Produção e direito na era da globalização. São Paulo: Cortez, 2000.

CORIAT, Benjamin. Automação programável: novas formas e conceitos de organização de Produção. In: SCHMITZ; CARVALHO R.Q. (Org.). *Automação, competitividade e a experiência Internacional*. São Paulo: Hucitec, 1988.

CORIAT, Benjamin. *El taller el cronómetro*: ensaio sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa. Madrid: Siglo XXI, 1982.

COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder punitivo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999.

COUTURIER, Gérard. *Droit du travail*. 3. ed, Paris: PUF, 1996, v. I

D'ANTONA, Massimo. Diritto del lavoro di fine secolo: una crise di identità? *Saggi Dottrina*, p. 311-331, 1996.

DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*. Rio de Janeiro/DF: José Olympio/UnB, 1999.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Trad. De Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.

DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Trad. de Luiz Alberto Monjardim. São Paulo: Getúlio Vargas, 1999.

DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999.

DURAND Paul. *Traité de droit du travail*. [Paris]: Dalloz, 1950. t. 2.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. De Marta Gustavino. Barcelona: Ariel Derecho, 1997.

EVOLUZIONE e crise della subordinazione: relatório do grupo de peritos da União Européia sobre “transformazioni del lavoro”, Milano: Fondazione Guilo Pastore/Franco Angeli, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro São Paulo: Renovar, 2001.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

FERNANDES, Antonio de Lemos Monteiro. *Direito do trabalho*. 9. ed. Almedina: Coimbra, 1994.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. São Paulo: Forense, 1996

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 27ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2000.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GORZ, André. *Metamorfoses do Trabalho. Quête du Sens*. Critique de la Raison Économique. Paris: Galilée, 1988.

GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a política e o Estado moderno*. 5. ed. Tradução Luiz Mário Gazzaneo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

GRANDI, Mario. Il problema della subordinazione tra attualità e storia. In: _____. *Le trasformazioni del lavoro*. Milano: Fondazione Giulio Pastore/Franco Angeli, 1999, p. 11-20.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988* (interpretação e crítica). São Paulo: RT, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

_____. A nova intransparência. *Novos Estudos Cebap*, São Paulo, n. 18, p. 103-114, set. 1987.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. 2. ed. Trad. de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. Trad. de Adail Ubirajara Sobral e Maraia Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 1992.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

ICHINO, Pietro. *Il Lavoro e il mercato*. Per un diritto del lavoro maggiorenne, Milano: Mandadori, 1996.

_____. Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro. Milano: Giuffré, 1989.

ISHIKAWA, Kaoru. *Controle de qualidade total a maquina japonesa*. São Paulo: Campus, 1991.

JAMENSON, Fredric. *Pós-modernismo*. São Paulo: Atlas, 1996.

JAVALLIER, Jean-Claude. Le future de la subordination dans l'évolution du droit du travail, In: _____. *Le trasformazioni del lavoro*. Milano: Fondazione Giulio Pastore/Franco Angeli, 1999, p. 40-56.

_____. *Droit du travail*. 7. ed. Paris: L.G. D. J, 1999.

JEAMMAUD, Antoine; PELISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. *Droit du travail*. 20 ed. Paris : Dalloz, 2000.

_____. L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt Labbane, *Droit social*, n. 3, p. 227-238, maio, [19--].

_____. Le droit du travail en changement. Essai d'une mesure, *Droit Social*, p. 211-222, 1998.

KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Trad. de Ruy Jungman Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

LAZZARATO, Maurizio. Le 'cycle' de la production immatérielle. *Futur Antérieur*, n. 16, p. 111-120, 1993/2.

_____. Le concept de travail immatériel: la grande entreprise. *Futur Antérieur*, n. 10, 1992/2, p. 54-61.

LEITE, Marcia de Paula Leite. *O futuro do trabalho*. São Paulo: Scritta, 1994.

LINHART, D. Les chemins de l'hégémonie. In: BIDET, J.; TEXIER, J. (Org.) *La crise du travail*. Paris: PUF, Collect. Actuel Marx, Confrontation, 1995. p. 95-106.

LYON-CAEN, Gérard. *Le droit du travail non salarié*. Paris: Sirey, 1990.

MACHADO, Sidnei Participação nos lucros - perspectivas de eficácia no direito brasileiro. *Revista do TRT 9ª Região Paraná*, v. 22, n. 1, p. 111-132, jan./jun. 1997.

_____. O direito a proteção do meio ambiente de trabalho no Brasil. LTr: São Paulo, 2000.

MAGANO, Octavio. *Manual de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1988. v. 2

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro 1, São Paulo: Civilização Brasileira, 1994.

MATTOSO, Jorge. *A desordem do trabalho*. São Paulo: Scritta, 1995.

MÉDA, Dominique; SCHOR, Juliet. *Travail, une révolution à venir*. Paris: Arte, 1997.

MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del trabajo*. 17. ed. Madrid: Tecnos, 1996.

_____. Sobre el trabajo dependiente como categoria delimitadora del derecho Del trabalho. In: _____. Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabalho. Madrid: Tecnos, p. 57-72.

MEYRAT, Isabelle. *Droit fondamentaux et droit du travail*. Universidade de Paris X-Nanterre, 1998.

MORAES, Evaristo de. Apontamentos de direito operário. 3. ed. São Paulo: LTr, 1986.

MORAIS FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 1993.

MÜLLER, Friedrich. Concepções Modernas e a Interpretação dos Direitos Humanos. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 15., 1994. *Cadernos*. p. 100-106.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. São Paulo: DP&A, 2002.

_____. Valeur-travail: crise et problèmes de reconstruction dans le post-moderne. *Futur Antérieur*, n. 10, p. 30-36, 1992.

_____. La première crise du post-fordisme. *Futur Antérieur*, n. 16, p. 11-15, 1993.

_____. À quoi sert encore l'état. *Futur Antérieur*, n. 25-26, p. 135-151, 1995.

_____. *Império*. 2. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Record, 2001.

NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *Bloc Note*, n. 12, avril-mai, 1996.

_____. ; LAZZARATO, Maurizio. *Trabalho imaterial: formas de vida e produção da subjetividade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001

_____. ; VINCENT, Jean-Marie. Paradoxes autour du travail. *Futur Antérieur*, n. 10, p. 5-8, 1992.

NOVICK, Martha. La transformación de la organización del trabajo. In: GARZA TOLEDO, Enrique de la (Coord.). *Tratado de sociología del trabajo*. Cidade do México: Fundo de Cultura Econômica, 2000.

OFFE, Claus. Trabalho & sociedade: problemas estruturais e perspectivas para o futuro da sociedade do trabalho. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. Reforma do Estado e Trabalho, in *Relações de Trabalho contemporâneas*. Belo Horizonte: PUC Minas Gerais, 1999.

OLSZAK, Norbert, *Histoire du droit du travail*. Paris: Puf, 1999.

PATORE, José. Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva. São Paulo: LTr, 1994.

PAVESE, Arturo. Subordinazione, autonoma e forme atipiche di lavoro. Modena: Cedam, 2001.

PEDRAZZOLI, Marcello. *Democracia industrial e subordinazione: poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1985.

PEREZ, Jose Luis Monereo. *Introduccion al nuevo derecho del trabajo: una reflexión crítica sobre el derecho flexible del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

PERULLI, Adalberto, Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autônomo. *Lavoro e diritto*, n. 2, p. 173-183, 1997.

PIERSON, Paul. *Dismantling the Welfare State*. Cambrige: Cambridge University Press, 1996.

POCHMANN, Marcio. Mal-estar ainda predomina no trabalho. *Folha de São Paulo*, 24 mar. 2002. Caderno especial, p. 8.

_____. *O trabalho sob fogo cruzado: exclusão desemprego e precarização no final do século*. São Paulo: Contexto, 1999.

RAMAUX, Christophe. L'instabilité de l'emploi est-elle une fatalité? Une lecture économique critique du rapport Boissonnat, du rapport Supiot et des travaux sur les marchés transitionnels. *Droit social*, n. 1, jan.00, p. 66-76

RAY, Jean-Emmanuel. Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination. *Droit Social*, n. 6, p. 525-537, jun. 1992.

_____. Le droit du travail à l'épreuve du télétravail: le statut du télétravailleur. *Droit Social*, p. 121-127, fev. 1996.

_____. *Droit du travail: droit vivant*. Paris: 11. ed. Liaisons, 2002.

REDINHA, Maria Regina Gomes. *A relação laboral fragmentada*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho*. Trad. de Ruth Gabriela Bahr. São Paulo: Makron Books, 1995.

RIVAS, Daniel. *La subordinacion*:. critério distintivo del contrato de trabajo. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995.

RODIÈRE, Pierre. *Droit social de l'Union européenne*. Paris: LGDJ, 1998.

RODRÍGUES-PIÑERO, Miguel; FERRER, Bravo. *Contrato de trabajo y autonomia del trabajador*. Estudios en Homenaje al Profesor Jose Cabrera Bazan. Madrid: Tecnos, 1999, p. 21-38.

ROMAGNOLI, Umberto. *El derecho, el trabajo y la historia*. Madrid: CES, 1996.

_____. Solidarismo giuridico e conflitto post-industriale. *Lavoro e diritto*, 1991, p. 177-195.

ROMITA, Sayão Arion. *A subordinação no contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. *Novas perspectivas contratuais: o contrato de trabalho*. São Paulo: LTR, 2000. v. 64, n. 03, mar/00, p. 295-306.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado e o empregador no direito brasileiro*. 13. ed. São Paulo: LTr, 1990. v. 1.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

_____. *Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. Os facismos sociais. *Folha de S. Paulo*, 6 set. 1998, caderno Mais, p. 6.

_____. As tensões da modernidade. Disponível em: <<http://www.forumsocialmundial.org.Br/português/biblioteca>>. Acesso em 22 jan. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. *A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SAVINO, Manfredi. *La subordinazione nel rapporto di lavoro*. Torino: Libreria Scientifica G. Giappichelli, 1944.

SENGENBERGER, Werner. Intensificación de la competencia, reestructuración industrial y relaciones de trabajo. *Revista Internacional del Trabajo*, v. 111, n.3, 1992.

SHEEHAN, Glen. Reorientación de la administración del trabajo a raíz de la crisis económica". *Revista internacional del trabajo*, v. 111, n.3, 1992.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *O mercado de trabalho humano: a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil*. São Paulo: LTr, 1998.

STAVENHAGEN, Rodolfo. *Estratificação social e estrutura de classes*. Rio de Janeiro: Zahar, 1971

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUPIOT, Alain. *Au-delà de l'emploi: transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Paris: Flammarion, 1999.

SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. Paris: PUF, 1994.

_____. *Le travail en perspectives*. Paris: L.G.D.J, 1998.

_____. Les nouveaux visages de la subordination. *Droit Social*, n.2, p. 131-145, fev. 2000.

_____. Lavoro subordinato e lavoro autonomo, *Diritto delle relazioni industriali*, n. 2, 200, p. 217-239.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 1991.

TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. Trad. de Elia Ferreira Edel. São Paulo: Vozes, 1994.

VIANA, Marcio Túlio. *Direito de resistência*. São Paulo: LTr, 1996.

_____. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 3, n. 5-6, p. 171-189

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: Saraiva, São Paulo, 1975.

VILLALON, Jesús Cruz. *Abajo subordinado y trabajo autonomo en la delimitacion de fronteras del Derecho del Trabajo*. Estudios en Homenaje al Profesor Jose Cabrera Bazan. Madrid: Tecnos, 1999.

VINCENT, Jean-Marie. Flexibilité du travail et plasticité humaine. In: BIDET, J.; TEXIER, J. (Org.). *La crise du travail*. Paris: PUF, Collect. Actuel Marx, Confrontation, 1995. p. 155-164.

_____. Les automatismes sociaux et le 'general intellect'. *Futur Antérieur*, n. 16, p. 121-130, 1993.

_____. Les méandres du pouvoir. De la domination à la liberté. *Futur Antérieur*, n. 26, p. 153-181, 1995.

WAQUET, Philippe. Le pouvoir de direction et les libertés des salariés, *Droit social*, n.12, p. 1051-1058, dec., 2000.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 11. ed. São Paulo: Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais, 1996.

_____. *Economia y sociedad*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

WEISS, Manfred. The evolution of concept of subordination. The german experience. In: _____. *Le trasformazioni del lavoro*. Milano: Fondazione Giulio Pastore, Franco Angeli, 1999, p. 57-73.

WOOD, Stephen. O modelo japonês em debate: pós-fordismo ou japonização do fordismo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 17, n. 6, p. 28-43, 1991.